

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA**

ROBERTO SARTÓRIO JUNIOR

VITÓRIA  
2019

ROBERTO SARTÓRIO JUNIOR

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA

2019

**ROBERTO SARTÓRIO JUNIOR**

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção de título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem (Orientador - PPGDIR/UFES)

---

Prof. Dr. Hermes Zaneti Júnior (PPGDIR/UFES)

---

Prof. Dr. Samuel Meira Brasil Júnior (membro externo - USP)

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente à Deus, meu pilar.

Com profundo amor, agradeço a minha mãe que, apesar de todas as adversidades enfrentadas diante da ausência precoce do meu pai, nunca mediu esforços para dar suporte material e emocional a mim e ao meu irmão para a concretização de nossos sonhos.

Ao meu orientador Tárek Moysés Moussallem, fonte de inspiração e exemplo de dedicação e humildade na tarefa de ensinar o Direito. Sou profundamente grato pela generosidade com que me confiou a oportunidade de vivenciar os estudos acadêmicos.

À professora Cristiane Mendonça e ao professor Hermes Zaneti Junior pelas enriquecedoras lições dadas em sala de aula e pelas contribuições para o amadurecimento da minha dissertação. Agradeço por colaborarem na constante construção do meu conhecimento jurídico.

Aos meus amigos do Mestrado: Carolina Biazatti, Cíntia Lacerda, Larissa Almeida, Nauani Benevides e Vander Giuberti pelo estímulo e por compartilharem momentos tão prazerosos ao longo do mestrado.

Não poderia deixar de agradecer aos colegas da secretaria do Mestrado representados nas pessoas de Adriele, Bruna, Camila e Fernando que sempre foram solícitos e parceiros em todas as atividades acadêmicas em que trabalhamos.

Por fim, agradeço a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo por possibilitarem meu crescimento acadêmico e pessoal.

## **RESUMO**

O objetivo desta dissertação é identificar a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova em processos tributários, sobretudo no que concerne às questões que envolvam a responsabilidade tributária de terceiros. Essa técnica visa buscar a efetividade da tutela jurisdicional com o escopo de inibir a produção de prova impossível por determinada parte ao recair o ônus da prova para a parte adversa que tenha melhores condições de produzi-la. Isso refletirá, sobretudo, nas questões que envolvam prova de fatos negativos e presunções. Nesse sentido, para investigar o uso dessa técnica, o trabalho abordará acerca da valoração das provas pelo juiz, além das normas das fundamentais do Código de Processo Civil que respaldam o uso da distribuição dinâmica para a construção da verdade no processo, haja vista o contraditório e a cooperação. Paralelo a isso, haverá o exame das normas de presunção e de responsabilidade tributária a fim de demonstrar a necessidade da produção de provas pela Fazenda Pública para confirmar o fato jurídico tributário, além de destacar a importância do contraditório prévio para respaldar o redirecionamento da execução fiscal. Portanto, constata-se que ausente um desses esses fatores, a distribuição dinâmica do ônus da prova deverá ser aplicada nas demandas tributárias.

Palavras-chave: ônus da prova; distribuição dinâmica; efetividade; contraditório; responsabilidade tributária.

## **ABSTRACT**

The purpose of this dissertation is to identify the applicability of the dynamic distribution of the burden of proof in tax lawsuits, especially regarding issues involving third party tax liability. This technique aims to seek the effectiveness of judicial protection with the scope of inhibiting the production of proof impossible by a party when the burden of proof falls on the adverse party that has better conditions to produce it. This will reflect, above all, on issues involving evidence of negative facts and assumptions. In this sense, to investigate the use of this technique, the paper will deal with the evaluation of evidence by the judge, in addition to the fundamental norms of the Code of Civil Procedure that support the use of dynamic distribution for the construction of truth in the process, given the contradictory and cooperation. Parallel to this, there will be an examination of the rules of presumption and of tax liability in order to demonstrate the need for the production of evidence by the Treasury to confirm the tax legal fact, besides highlighting the importance of the prior contradictory to support the redirection of tax execution. Therefore, it is verified that absent one of these factors, the dynamic distribution of the burden of proof should be applied in the tax process.

**Keywords:** burden of proof; dynamic distribution; effectiveness; contradictory; tax responsibility.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E SISTEMA DE REFERÊNCIA .....</b>	<b>12</b>
1.1 Conhecimento e linguagem .....	12
1.2 Considerações acerca da verdade.....	17
1.2.1 Teorias da verdade .....	22
1.2.2 Relação entre a prova e a verdade.....	25
1.3 Sistema do direito positivo .....	27
1.4 Direito como sistema comunicacional: evento, fato e fato jurídico.....	30
1.4.1 Evento, fato e fato jurídico .....	31
1.5 Norma jurídica .....	34
1.5.1 Antecedente normativo .....	38
1.5.2 Consequente normativo.....	38
1.5.3 Norma jurídica completa.....	39
1.6 Demarcação do objeto .....	41
<b>2 AS PROVAS E A COGNIÇÃO.....</b>	<b>41</b>
2.1 A definição do conceito de prova .....	42
2.2 Análise dos elementos da prova.....	45
2.2.1 Sujeitos competentes para a produção do enunciado probatório .....	45
2.2.2 Atividade de enunciação como fonte da prova .....	47
2.2.3 Do objeto da prova .....	47
2.2.4 Finalidade da prova .....	48
2.3 Cognição do juiz sob a ótica da linguagem .....	50
2.4 Análise dos critérios de valoração das provas .....	54
<b>3 ÔNUS DA PROVA E AS PRESUNÇÕES .....</b>	<b>57</b>
3.1 Distinção entre ônus e obrigação .....	57

3.2 Conceito de ônus da prova e a sua regra no ordenamento jurídico processual brasileiro .....	59
3.3 As funções do ônus da prova .....	62
3.3.1 Função subjetiva do ônus da prova .....	62
3.3.2 Função objetiva do ônus da prova .....	64
3.3.3 A dupla função do ônus da prova .....	65
3.4 Razões para a distribuição do ônus da prova .....	67
3.5 Presunções no direito .....	69
3.5.1 Espécies de presunções .....	71
3.5.1.1 Presunções hominis .....	71
3.5.1.2 Presunções legais .....	72
<b>4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO</b>	
<b>TRIBUTÁRIO .....</b>	<b>74</b>
4.1 Considerações iniciais acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova .....	76
4.2 Norma fundamental como princípio unificador .....	77
4.3 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil/2015 .....	79
4.3.1 O efetivo contraditório como condição de validade das provas .....	81
4.3.2 Momento da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova .....	84
4.3.3 Suposta contradição entre o direito de não produzir prova contra si mesmo e a dinamização do ônus da prova .....	86
4.4 Requisitos para alteração da regra estática para distribuição dinâmica .....	90
4.4.1 Impossibilidade de produção de prova ou excessiva dificuldade .....	90
4.4.2 Possibilidade de contraditório à parte adversa .....	92
4.4.3 Dever de fundamentação da decisão para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova .....	93
4.5 O ônus da prova e as ações no processo judicial tributário .....	95
4.5.1 O ônus da prova e a execução fiscal .....	96
4.5.1.1 O ônus da prova e a exceção de pré-executividade .....	97



4.5.1.2 O ônus da prova e os embargos à execução fiscal.....	98
4.5.1.3 A aplicabilidade do instituto de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito execução fiscal: a busca do efetivo contraditório.....	100
4.5.2 O ônus da prova e a ação anulatória.....	104
4.5.3 O ônus da prova e o mandado de segurança .....	106
4.6 Análise normativa das presunções .....	107
4.7 A problemática da prova negativa frente às presunções .....	110
4.7.1 A motivação como pressuposto de validade da norma tributária individual e concreta .....	112
4.7.2 A presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa.....	115
4.7.3 Análise da Súmula 397 do STJ .....	118
4.8 A norma de responsabilidade tributária no redirecionamento da execução fiscal e o problema da prova: aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova .....	119
4.8.1 A norma de responsabilidade tributária de terceiros .....	119
4.8.2 A questão da prova e o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio responsável: a necessária distribuição dinâmica do ônus da prova.....	122
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>129</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>132</b>

## INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil, ocorreram inovações concernentes ao âmbito do instituto do ônus da prova que ocasionaram reflexões, sobretudo acerca da regra de distribuição dinâmica do ônus da prova introduzida pelo artigo 373<sup>1</sup>, § 1º, do CPC/2015 cujo escopo é o de buscar a efetividade das tutelas de direito material no campo do processo.

Ao atribuir maior dinamicidade na atribuição do ônus da prova, o legislador possibilitou que o ônus da prova recaia sobre quem tenha melhores condições para produzir a prova, de modo a se chegar à verdade jurídica<sup>2</sup>. Não obstante isso, o processo interpretativo e o emprego de tal técnica devem ser observados de forma criteriosa pelos operadores do direito a fim de evitar que o ônus da prova seja alterado com ausência de critérios seguros para sua configuração.

Assim, é sobremaneira oportuno, no âmbito do processo tributário, analisar as nuances da distribuição do ônus da prova na hipótese em que o ônus das partes de provar os fatos que alegam não pode ser distribuído conforme os ditames da regra estática, sob o risco de afrontar o equilíbrio entre as partes e a efetividade do processo.

Nesse panorama, para iniciar o desenvolvimento do presente trabalho, partiremos da fixação de algumas premissas para buscar um rigor no estudo, tais como discorrer de antemão sobre a teoria do conhecimento e da problemática da verdade. A propósito, tais pressupostos metodológicos estão intimamente ligados com a filosofia da linguagem a qual permitirá um estudo mais detido. Some-se a isso, prosseguiremos para a análise do instituto da prova, bem como da cognição judicial acerca do conjunto probatório juntado aos autos do processo.

---

<sup>1</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

<sup>2</sup> Fabiana Del Padre Tomé utiliza tal terminologia porque “a verdade que se busca no curso do processo de posituação do direito, seja ele administrativo ou judicial, é a verdade lógica, quer dizer, a verdade em nome da qual se fala, alcance mediante a constituição de fatos jurídicos, nos exatos termos prescritos pelo ordenamento: verdade jurídica (*A prova no direito tributário*, 4 ed, São Paulo: Noeses, 2017, p.40) Na mesma linha, Tárek Moysés Moussallem leciona que “a tradicional classificação da verdade em material e formal passa a ser irrelevante, uma vez que, no sistema adotado, toda verdade passa a ser formal, ou seja, dentro de um sistema de linguagem. (*Fontes do direito tributário*, 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 18).

Em seguida, o trabalho focará no estudo ônus da prova tanto do ponto de vista estático, quanto dinâmico, sendo que neste haverá um desenvolvimento mais esmiuçado. Concomitante a isso, haverá a análise normativa da presunção a fim de demonstrar a necessidade de produção probatória para a incidência de sua hipótese.

Uma vez analisados tais pressupostos, passa-se, por fim, a investigar como podem ser compatibilizadas as peculiaridades existentes no plano do processo tributário com as regras gerais de distribuição do ônus da prova estabelecidas no Código de Processo Civil de 2015 e a hipótese de flexibilização prevista no § 1º do art. 373. Nessa linha, chega-se à problemática da responsabilidade tributária e a questão da prova, haja vista no momento do redirecionamento da execução fiscal que, de modo recorrente, desrespeita o postulado do contraditório e da ampla defesa em face do responsável tributário que se vê impelido a produzir provas que fere a razoabilidade em razão da dificuldade de levantá-las.

Ademais, será demonstrada a problemática da produção da prova negativa em outros casos que envolvam matéria tributária. Embora o ônus de provar os fatos constitutivo continue sendo de quem alega, a distribuição dinâmica do ônus da prova assumirá novas feições aos casos concretos, de maneira a possibilitar uma releitura, por exemplo, da Súmula 397 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, haverá a verificação do uso e da relevância da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo com o fito de demonstrar a promoção de cooperação da parte com o Estado-juiz e, desse modo, efetivar decisões visando assegurar a adequada tutela do direito material.

A presente pesquisa, portanto, consistirá em analisar de forma analítica os elementos que compõem a atividade probatória, de maneira a demonstrar nos casos concretos envolvendo matéria tributária a possibilidade do uso da distribuição dinâmica do ônus da prova com o escopo de buscar a efetividade do processo com a devida construção da verdade pelo intérprete.

## **1 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E SISTEMA DE REFERÊNCIA**

A demarcação das premissas metodológicas é de suma importância para o desenvolvimento do trabalho científico a ser desenvolvido, de maneira a possibilitar uma construção mais rigorosa do discurso norteado pela coerência.

Por tal razão, o presente trabalho utilizará as balizas do Construtivismo Lógico-Semântico como método a partir do qual se construirá uma linguagem para conhecer a realidade a fim de investigar melhor o objeto de conhecimento. A propósito, é de bom tom frisar que o professor Paulo de Barros Carvalho assevera que o pensamento humano não cessa, não se detém, e “a linguagem apta para falar do mundo é inesgotável”<sup>3</sup>. Assim, o sujeito cognoscente, para conhecer, tem que promover cortes no mundo natural com o escopo de delimitar e isolar o objeto da experiência.

O sistema de referência e as premissas aqui escolhidas, portanto, basearão o desenvolvimento da presente pesquisa, uma vez que o conhecimento está intrinsecamente ligado ao sistema de referência. Conhece-se certo objeto visto que este é identificado em relação a outros elementos, de modo a fixar um vínculo que permita a delimitação do significado destes.

Feitas essas primeiras colocações, percebe-se que as temáticas do conhecimento e da verdade estão atreladas ao instituto da prova, já que para saber se determinado evento versado no fato é verdadeiro ou falso é necessário que haja um conhecimento do ser humano sobre tal fato. Conclui-se, assim, que não se chega à verdade sem conhecer.

### **1.1 Conhecimento e linguagem**

A Teoria do Conhecimento ganhou maior relevância a partir da Filosofia Moderna e buscava compreender o processo do conhecimento. De início, os pensamentos de Aristóteles se

---

<sup>3</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 157.

destacaram ao conferir um realce ao objeto a ser conhecido, considerando o objeto como o próprio conhecimento.<sup>4</sup>

Eis, então, a filosofia da consciência a qual trabalha com a ideia de conhecimento como uma relação entre sujeito e objeto, em que a linguagem serve como instrumento para expressar a ordem objetiva das coisas.<sup>5</sup> A linguagem liga o sujeito ao objeto de conhecimento, e a verdade resulta da ligação deste com a proposição linguística.

Inicialmente, pensava-se ser o bastante ao conhecimento do sujeito cognoscente e o objeto. Porém, não se pode conhecer algo sem a linguagem, já que esta transporta para dentro do mundo cognoscível do homem os fatos que ocorrerem no mundo físico.

Com o advento da filosofia da linguagem, houve uma virada linguística na Filosofia, originando o movimento conhecido como giro-linguístico<sup>6</sup> cujo maior expoente é o filósofo Ludwig Wittgenstein, autor da célebre frase “os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo”.<sup>7</sup>

Segundo Aurora Tomazini de Carvalho<sup>8</sup>, o conhecimento é configurado como a forma da consciência humana por meio da qual o homem atribui significado ao mundo, isto é, o representa intelectualmente.

Evidencia-se, nesse sentido, a importância da linguagem para o conhecimento em razão de constituir a realidade, ou seja, a linguagem torna-se condição para a constituição do

---

<sup>4</sup> LINS, Robson Maia. Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014. p. 169.

<sup>5</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 13.

<sup>6</sup> Segundo Dardo Scarvino, em consonância com a teoria de Richard Rorty, o giro-linguístico “comprende aquelas teorias según las cuales “los problemas filosóficos son problemas que pueden ser resueltos (disueltos) ya sea mediante una reforma del lenguaje o bien mediante una mejor comprensión del lenguaje que usamos en el presente.”.El “giro lingüístico se convierte entonces en una suerte de constructivismo radical, doctrina según la cual las teorías científicas o los discursos metafísicos no descubren la realidad sino que la crean. “No existe una realidade como la que los metafísicos han tenido la esperanza de descubrir, dirá el francés Derrida, ni una naturaleza humana, ni una esencia de las cosas, ni siquiera leyes universales que gobiernen los movimientos de los cuerpos o los comportamientos de los hombres: de esto existe fuera de las teorías, es decir, de un uso particular de los lenguajes humanos.” (SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual. Pensar sin certezas*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1999, p. 2).

<sup>7</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *apud* CARVALHO, Aurora Tomazini de (*Curso de Teoria geral do direito: o constructivismo lógico semântico*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 13).

<sup>8</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. O Constructivismo lógico-semântico. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 6.

conhecimento, sendo aquela pressuposto deste. Há aqui o abandono da ideia da linguagem ser um mero meio de instrumento, um mero meio de comunicação.

Nessa toada, o homem, a partir da relação entre linguagens-significações<sup>9</sup> (processo de conhecimento), dá significado ao objeto com o atrelamento a outras palavras decorrente de sua manifestação. Desse modo, conhecer o objeto em si, tão somente na experiência ou na realidade é impossível, não podendo falar em conhecimento sem linguagem.

Na relação entre um sujeito cognoscente, um objeto, um método e uma linguagem sempre ficará configurado o conhecimento. O homem, ao se deparar com a realidade do caos, procede arbitrariamente e unilateralmente com o recorte daquilo que lhe parece homogêneo. Dessa forma, de um contínuo heterogêneo<sup>10</sup> do mundo fenomênico o sujeito cognoscente delimita o que é juridicamente relevante e irrelevante.

Assim, o objeto de estudo é construído pelo homem em razão do recorte da realidade, suspendendo o objeto do caos em que se encontrava para fins de estudo.

Todo ato de conhecer é um ato de reduzir complexidades o que demonstra que todo conhecimento é uma visão parcial sobre o real, tendo em vista que o objeto pode ser muito mais rico do que o homem pode apreender, em outras palavras, na medida em que se aproxima do objeto, inúmeros outros conhecimentos podem surgir.

Dardo Scavino<sup>11</sup>, de modo didático, explica o processo de conhecer certo assunto, ressaltando a importância da comunicação, da linguagem em si:

*No conocemos a un sujeto cuando obedece a una ley natural; lo conocemos cuando formula, con su discurso, esa ley natural, es decir, cuando ibedece, lo sepa o no, a una regla gramatical (en el sentido amplio que Wittgenstein le atribuía a esta expresión). No conocemos a un sujeto cuando nosotros hablamos y él calla sino cuando nosotros escuchamos y él habla, es decir, cuando describir, declara, propone, cuenta. El que dice, acerca de outro sujeto, que obedece a una ley, no dice, acerca del outro, nada: dice mucho, en cambio, de si mismo, y conocerlo significa también comprender qué está diciendo de él.*

Ademais, Lourival Vilanova assevera que o conhecimento é um fato complexo, mas é simplificado no momento que se diz que é a relação que se estabelece entre sujeito e objeto. O

<sup>9</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p.5.

<sup>10</sup> VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v 1. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003, v. 2 p. 67.

<sup>11</sup> SCAVINO, Dardo. La lógica y el (dês)conocimiento del sujeto. In: *Lógica e direito*. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 74.

conhecimento, então, é originado da experiência sensorial quando é conhecimento do mundo físico exterior. Segundo o autor<sup>12</sup> pernambucano:

Na relação do homem com o mundo que o contorna, conhecer é um comportamento operativo, dirigido contextualmente. O conhecimento é textual, vinculado a um plexo de fatores, todos unificados pela intencionalidade da consciência é para o mundo, aberta a ele: transcender, ir além de si mesma é próprio da consciência do sujeito cognoscente.

O mesmo dado real poderá ser construído objetos formais distintos, e cada um destes poderá ter uma compreensão diferente. Nesse sentido, nota-se que todo ato de conhecimento se inicia com o corte metodológico<sup>13</sup>, que é o ato de vontade do homem de cortar no real aquilo que ele tem a intenção de estudar.

É de bom tom frisar que o corte metodológico é oriundo de um processo de abstração intelectual, é um ato linguístico, já que cabe ao observador apenas contemplar o objeto. Logo, não almeja mudanças no objeto, mas tão somente descrevê-lo e contemplá-lo.

Para tal corte, o ser cognoscente escolhe um método, que nada mais é que o caminho percorrido pelo observador para descrever o objeto. Ressalta-se que os métodos fixam regras para auferir a veracidade ou falsidade de uma proposição naquele universo do discurso, de forma que não é possível que um cientista, que utiliza um método distinto, possa criar um juízo de veracidade sobre o mesmo objeto estudado, já que percorreu outro caminho.

Dessa forma, o método tem por finalidade averiguar a verdade de suas proposições descritivas. E para que um conhecimento possa ser entendido como científico, é essencial que suas proposições sejam passíveis de refutação,<sup>14</sup> tanto por meio da verificação empírica, quanto pela provação da sociedade científica.<sup>15</sup>

Nessa esteira, o processo de conhecimento é configurado a partir da atuação do sujeito cognoscente quando entra em contato com o objeto, por meio de linguagem, e o seu produto,

<sup>12</sup> VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v 1. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003, v. 2 p. 67.

<sup>13</sup> Tárek Moysés Moussallem destaca que o “corte metodológico é ato linguístico delineador da linguagem objeto de estudo. Vale ressaltar que a aludida incisão ocorre mediante processo de abstração, operação lingüística consistente em prescindir partes de um todo. Ademais, esta separação é medida arbitrária do sujeito cognoscente. Não se encontra sujeita a contestações. É pressuposto epistemológico. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 11)

<sup>14</sup> Segundo Karl Popper, “deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico” (POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993, p. 42)

<sup>15</sup> GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 139-140.

por sua vez, será a própria linguagem. Ligado a isso, está que tal processo é comunicativo, pois necessita de um sujeito cognoscente (emissor) e um destinatário (receptor).

Desse modo, como a linguagem impera em nossa volta, nada existe fora dos seus limites. O objeto do conhecimento, o ser cognoscente, o processo de conhecimento e a própria realidade só são assimilados como sentido caso sejam construídos pelo homem.

A linguagem, assim, é vista como condição e produto do saber. A realidade cognitiva, tais como pensar, ensinar e aprender, só existe quando houver linguagem, da mesma forma que só é e conhecer o mundo em razão dos enunciados linguísticos<sup>16</sup>.

Aliás, John Searle<sup>17</sup> ensina que “Inventamos palavras para afirmar fatos e para dar nomes às coisas, mas isso não significa que inventamos fatos ou coisas”. O autor inglês aduz da descrição do evento não se cria fato físico, no entanto, para conhecer e constituir o evento é imperiosa a presença da linguagem.

Infere-se daí, a intrínseca relação entre o conhecimento e a linguagem, uma vez que o conhecimento é um processo interpretativo cujas formas de manifestação depende da atuação do homem para interpretar e exteriorizar sua compreensão sobre as coisas, sempre por meio da linguagem.<sup>18</sup>

Entende-se, nesse sentido, que não existe conhecimento sem sistema de referência, sendo que “este é condição sem a qual aquele não subsiste.”<sup>19</sup> Ora, conhecer algo requer que se deva partir de um ponto de referência do plano sintático com a finalidade de delimitar os âmbitos semântico e pragmático do objeto de conhecimento. A compreensão depende de um ponto de referência, tendo em vista que orienta-se por coordenadas de tempo e de espaço.

---

<sup>16</sup> Ao descrever sobre a construção de sentido das palavras, Luís Alberto Warat explica que: “Toda expressão possui um número considerável de implicações não manifestas. A mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas. O sentido gira em torno do dito e do calado. Desta forma, o êxito de uma comunicação depende de como o receptor possa interpretar o sentido latente” (WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 65).

<sup>17</sup> SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 30.

<sup>18</sup> Em consonância a isso, Paulo de Barros Carvalho, sob as balizas de Immanuel Kant, expõe que o conhecimento é um processo interpretativo que empresta inteligibilidade às coisas, sendo o mundo da vida submetido à nossa percepção sensível (olfato, visão, audição, tato e paladar), num caos de sensações, organizado no nosso intelecto e interpretado na forma de linguagem, ingressando, então, no plano da realidade (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 7)

<sup>19</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 15.



Depreende-se, portanto, que o Direito é um sistema comunicacional e, por conseguinte, sua manifestação se dará tão somente pela linguagem, visto que “sua essência consiste em palavras sem as quais não é nada”<sup>20</sup>.

## 1.2 Considerações acerca da verdade

O enunciado contido no artigo 77, inciso I, do Código de Processo Civil dispõe que “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que participem do processo expor os fatos em juízo conforme a verdade”. Mas qual seria a definição do conceito do signo “verdade”?

A verdade é um tema que acarreta muitas discussões acerca de sua real definição, de maneira a ter várias correntes doutrinárias que discorrem acerca de tal assunto. A partir do que foi estudado no item anterior, nota-se que o tema sobre conhecimento está ligado com a verdade, de maneira a se inquirir, por vezes, se é possível conhecer a verdade em sua completude.

Antes de adentrar ao tema da verdade, destaca-se que qualquer realidade pode ser objeto de conhecimento, todavia o conhecimento de certa realidade estará sempre atrelado ao sistema de referência do objeto conhecedor<sup>21</sup>.

Como o sistema de referência é pressuposto essencial do conhecimento, uma vez que este só passa a ser verdadeiro quando relacionado a um sistema de referência, extrai-se que todo conhecimento verdadeiro é relativo já que dependerá do sistema de referência a que se encontra ligado<sup>22</sup>. Assim, considera-se o objeto do conhecimento como proposições cujos valores atribuídos são da verdade e da falsidade.

Em que pese isso, nem todo conhecimento pode ser taxado de verdadeiro. Uma sensação, por exemplo, pode ser considerada um conhecimento, mas não uma verdade, desde que, reitere-se, que esteja ligada a um certo sistema de referência.

Importante são as lições de Goffredo Telles Jr.:

---

<sup>20</sup> ROBLES MORCHON, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005, p. 48.

<sup>21</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 231.

<sup>22</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 231.

“A simples sensação de ‘quebrada’, que uma vara nos dá, quando mergulhada na água, não é verdade nem erro. A verdade aparecerá quando a sensação, confrontada com um sistema anterior de conhecimento, produzir o pensamento ‘a vara parece quebrada’. Quando uma pessoa tem conhecimentos, mas não os relaciona a uma sistema de referência (a um sistema de conhecimentos que sejam traduções cerebrais da realidade) ela não está com a verdade. Tal pessoa tem sensações imagens, imaginações, mas está perdido com elas. Ou com elas se ilude. Comporta-se como o selvagem que ouve o trovão, e diz que aquela é a voz de Deus. Ou como o místico, em êxtase, que recebe misteriosas ‘mensagens’, e se convence de que entrou em comunhão com o ‘espírito do Universo’. Ou como o arrebatado que dera conhecer a ‘alma das coisas, mas nada pode revelar sobre esse mistério, porque as verdades são inefáveis.”<sup>23</sup>

Analizada a relação da verdade com o conhecimento e as premissas fixadas no presente trabalho fica entendido que a verdade nunca é descoberta, sempre é criada dentro de um sistema específico oriundo de um relacionamento intersubjetivo.

Ao contrário da filosofia da consciência que destacava que a verdade era concretizada com a relação entre a sentença e a coisa, a filosofia da linguagem aduz que a verdade é construída através da linguagem dentro de um sistema de referência. A linguagem cria os objetos com a relação entre as proposições.

Dado o insolúvel problema de definir a verdade<sup>24</sup>, Fabiana Del Padre Tomé<sup>25</sup>, a propósito, acredita que juízo da verdade seja metafísico, o que inviabiliza a comprovação empírica, conforme excerto abaixo:

A metafísica abrange questões que não podem ser solucionadas mediante a experiência, ultrapassando o campo empírico. Esse conceito aplica-se integralmente à ideia de verdade, pois esta não é susceptível de apreciação pelo método das experiências: todos falam em nome da verdade, mas não há como saber, mediante procedimentos experimentais, quem está realmente dizendo a verdade.

Norteados pelas balizas da linguagem, Tárek Moysés Moussallem assevera que a verdade é a relação entre enunciados, de maneira ela seja criada somente pela linguagem, porquanto esta é independente da realidade<sup>26</sup>. Infere-se que a verdade é concernente a uma relação entre linguagens e não entre linguagem e realidade.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 233.

<sup>24</sup> TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 104.

<sup>25</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 22.

<sup>26</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 16.

<sup>27</sup> Michelle Taruffo acentua que “a verdade de um enunciado é univocamente determinada pela realidade do evento que esse representa e, portanto, é absoluta (no sentido de que não admite graus). O enunciado é verdadeiro ou não: não pode ser ‘mais ou menos’ verdadeiro. O que pode variar, dependendo das circunstâncias, é o grau de confirmação que pode ser atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis: portanto, pode-se dizer que, em contextos determinados e de acordo com as circunstâncias pode existir uma menor ou maior aproximação à verdade”. (TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 105.)

Nada mais coerente e correta tal lição. Em conformidade a determinado modelo, a verdade é entendida como o valor atribuído a uma proposição e, por isso, a busca da verdade se dará pela relação entre linguagens, isto é, com o vínculo fixado entre uma proposição e as linguagens de certo sistema poderá se averiguar os valores da verdade e da falsidade.<sup>28</sup> Eis, nesse aspecto, a importância do sistema de referência para constatar a verdade das assertivas.

A verdade, frise-se, é criada pelo sujeito cognoscente, e não descoberta, conforme as regras de um sistema e, por tal razão, não nasce com o evento, mas apenas com a introdução dos enunciados no universo jurídico. A atribuição do valor da verdade a uma proposição é identificada com a presença de critérios, estes sim passíveis de apreciação pela experiência.

Nesse sentido, está o ensinamento de Dardo Scarvino<sup>29</sup>:

Un enunciado es verdadero, en principio, cuando resulta conforme con una interpretación establecida, aceptada, instituída dentro de una comunidad de pertenencia. Y esta interpretación, que a su vez puede pensarse como um conjunto de enunciados acerca de outra interpretación previa, solo puede ser discutida cuando se la confronta con esa version aún más originaria. Un enunciado verdadero no dice lo que una cosa es sino lo que presuponemos que es dentro de una cultura particular. Y este presupuesto, a sua vez es um conjunto de enunciados acerca de outro presupuesto.

Retomando ao que foi colocado, portanto, não há verdades descobertas, e sim criadas pelo homem ao serem vertidas em linguagem. Há, assim, fatos sobre os quais enunciam proposições verdadeiras ou falsas.<sup>30</sup>

Por outro lado, sob o aspecto dinâmico, o direito não se atém com a verdade-em-si-mesma, mas com a validade e eficácia de suas proposições. Por conseguinte, se terá uma proposição normativa válida ou não válida, consoante critérios-de-validade colocados pelo próprio sistema jurídico.

Veja-se a lição de Lourival Vilanova<sup>31</sup>:

---

<sup>28</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 30.

<sup>29</sup> SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós Postales, 1999, p. 48.

<sup>30</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 27-28.

<sup>31</sup> VILANOVA Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 51-52. Em momento anterior da referida obra, o professor pernambucano assevera que a diferença entre verdade/falsidade e validade/não validade “reside no lado semântico: é o modo-de-referência da proposição aos objetos que difere. Num caso, a proposição descreve como é o objeto: no outro, ela prescreve uma alteração no objeto, preceituando como ele deve-ser. Além das diferenças sintáticas e semânticas, há também diferença quanto ao uso que os sujeitos da comunidade social fazem. Usa-se a p-normativa como um dos “outils humains” (P. Amselek, *Méthode Phénoménologique et Théorie Du Droit*, pág. 269), como um dos instrumentos para canalizar o processo social da conduta humana dentro de vias sociologicamente funcionais, ou axiologicamente valiosas.

A hipótese e a consequência valem. O valer da hipótese e o valer da consequência cortam-se com outra norma válida. Com isso, mantém a homogeneidade estrutural do sistema do direito positivo, que não é sistema de proposições verdadeiras ou falsas, mas de proposições prescritivas válidas ou não-válidas, justas ou injustas, aplicáveis ou inaplicáveis, eficazes ou ineficazes, vigentes ou não vigentes.

Isso significa que tanto a proposição-hipótese quanto a proposição-tese carecem de valor veritativo. Isto é, a norma jurídica é válida, ainda que o fato confirme ou verifique o esquema descrito na hipótese, ou de a conduta prescrita na tese ocorre como deve ocorrer.

Lourival Vilanova enfatiza: “Enfim, a não-verdade de proposição descritiva de fatos, como o descumprimento de norma fundada em norma geral, não compromete a validade da proposição normativa universal<sup>32</sup>”.

O valor de verdade de uma proposição normativa, dessa forma, possui uma importância secundária no âmbito do sistema jurídico, tendo em vista que uma proposição falsa poderá ser válida e eficaz quanto uma proposição de valor verdadeiro.

Nesse aspecto, o ingresso do acontecimento no mundo na facticidade jurídica será feito por meio de um agente competente que verse em linguagem própria do direito o acontecimento ocorrido no mundo fenomênico. O fato pode não ter ocorrido, mas se puder demonstrá-lo, de modo legal, por meio de provas admitidas em direito, ele estará constituído juridicamente. No entanto, caso não seja possível, por mais cristalina seja a ocorrência do evento, não haverá a propagação dos efeitos jurídicos necessários, já que o relato em linguagem competente é necessário.

Entendo a verdade como a relação de significações<sup>33</sup> construídas pelo intérprete, ela será contraposta a outras linguagens, do mesmo modo competente, até se chegar à proposição verdadeira. A verdade jurídica pressupõe uma linguagem competente, provas, contraditório e ampla defesa.<sup>34</sup>

Interessante notar que o sujeito cognoscente possui a liberdade para interpretar os eventos ocorridos no mundo fenomênico, de maneira a poder haver a comparação do dado que se quer provar com outros que confirmem ou infirmem sua exatidão.

---

Esse o aspecto da p-normativa.” (VILANOVA Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 51-52).

<sup>32</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 69.

<sup>33</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 16.

<sup>34</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 74.

Confrontado o objeto da prova (fato alegado) com a linguagem das provas, ter-se-á o resultado da verdade, sendo que esta será sempre relativa, nunca absoluta<sup>35</sup>, uma vez que os eventos ocorridos no mundo fenomênico são inalcançáveis pelo sujeito, de maneira a ter acesso aos resquícios do que ocorreu, isto é, ao que foi revestido em linguagem, daí a entender a relatividade da verdade.

Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart<sup>36</sup> destacam que a obtenção de uma verdade externa e objetiva no processo depende da cognição humana, sendo por ela limitada, de modo que o resultado será tão somente uma impressão da verdade, que será sempre relativa.<sup>37</sup>

Não é viável, dessa forma, enxergar uma verdade como absoluta, que almeja ter validade universal. Proposições como conhecimento e verdade são construções linguísticas, e como a linguagem cria os objetos, não há que se falar que as coisas são verdadeiras ou falsas, mas sim os enunciados a elas concernentes.

Portanto, para que um fato jurídico tributário seja considerado verdadeiro para o direito, não há necessidade de que o relato corresponda de forma fidedigna e integral ao evento, mas tão somente a certeza de que o enunciado descritivo foi feito consoante as regras do sistema, tendo sido submetido às provas e resistido à linguagem das contestações<sup>38</sup>, de modo a fazer com que os sujeitos do processo sempre busquem elementos que condizem ao máximo com a verdade dos eventos ocorridos no mundo do ser.

---

<sup>35</sup> No plano da ciência, pertinente as lições de Luigi Ferrajoli sobre a inexistência da verdade absoluta: “A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado do conhecimentos e experiencias levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivamente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.)

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 59.

<sup>37</sup> Michele Taruffo assevera que no contexto do processo é “apropriado falar-se em verdade relativa e objetiva. A verdade da apuração dos fatos é relativa – no sentido de que é relativo o conhecimento sobre essa; isso porque essa funda-se em provas que justificam o convencimento do juiz, representando a base cognoscitiva na qual um convencimento de que um determinado enunciado corresponda à verdade dos fatos da causa encontra justificava. A mesma verdade é objetiva, já que não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, fundando-se em razões objetivas que justificam seu convencimento e derivando dos dados cognoscitivos resultantes das provas”. (TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 106.)

<sup>38</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 562.

### 1.2.1 Teorias da verdade

Conforme observado no tópico anterior, no âmbito do Direito, várias são as correntes doutrinárias que divergem acerca da definição da verdade, de maneira que não há um consenso entre os cientistas do Direito dada a complexidade do tema.<sup>39</sup> Nesse passo, o presente estudo buscará analisar, de forma breve, as características inerentes das teorias sobre a verdade, de modo a propiciar a este trabalho, ao fim, seguir uma linha raciocínio que seja condizente com as premissas fixadas no estudo, embora não descarte a relevância dos outros entendimentos.

Nesse sentido, sabe-se que o objetivo principal da atividade probatória é a averiguação da verdade dos enunciados acerca dos fatos controvertidos. Por vezes, regras processuais relacionadas à atividade probatória inviabilizam o filtro do conhecimento da verdade dos fatos alegados, ocasionando uma decisão que não corresponda ao justo, uma vez que a determinação da verdade dos fatos se configura como uma condição necessária para a justiça da decisão.<sup>40</sup>

Dessa forma, dentre as variadas formas de enxergar a verdade destacam-se as seguintes teorias: a verdade por correspondência, a verdade por coerência, a verdade por consenso e a verdade pragmática.

A verdade como correspondência refere-se à adequação entre um enunciado e a realidade, de modo a haver a correspondência entre os dois que, assim, fará com que o enunciado seja verdadeiro.

Com suporte na filosofia do ser, que expunha a compreensão da linguagem como instrumento que conectava o sujeito ao objeto do conhecimento, a verdade resultava da correspondência entre a proposição linguística e o objeto referenciado. O pressuposto para a verdade de uma verdade estaria relacionado à circunstância de ela descrever os fatos tais como eles são.<sup>41</sup>

Desse modo, não pode haver verdade sem um enunciado<sup>42</sup> que corresponda a um objeto. Ademais, embora haja uma restringência das ferramentas cognoscitivas do sujeito dentro e fora

---

<sup>39</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart já ressaltavam essa dificuldade, visto que “sendo a cognição humana invariavelmente limitada por várias circunstâncias, trabalhar com um conceito único e objetivo de verdade é exigir demais, tanto do processo como das pessoas que se envolvem nele. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova e convicção*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 59-60)

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2 ed. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 238.

<sup>41</sup> TOMÉ, Del Padre Fabiana. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 23.

<sup>42</sup> Em relação ao signo enunciado, Hans Kelsen que “Verdade – como já acentuado – é qualidade de um enunciado. Um enunciado é verdadeiro se ele corresponde aos fatos sobre os quais ele enuncia alguma coisa, ou: se ele afirma

do processo, Michele Taruffo, adepto da concepção da verdade como correspondência, ensina que “todo enunciado relativo a um acontecimento do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real”<sup>43</sup>, de forma a asseverar que há uma “verdade racionalmente cognoscível e demonstrável”<sup>44</sup>. sua a propósito, ensina que a verdade por correspondência está intimamente ligada ao processo:

Por otra parte, parece que se puede definir racionalmente el consenso que se manifiesta em muchos sistemas sobre critérios de conocimiento de los hechos que se funden sobre la máxima correspondencia posible entre lo que afirma el juez y lo que há sucedido verdaderamente em el mundo real. No parece, pues, que existan particulares razones de orden epistemológico general para excluir que la teoria de la verdad como correspondencia pueda ser considerada funcional en el proceso; en cambio, existen buenas razones para sostener que esa teoria está mejor situada que otras, y produce mejores resultados, en el contexto representado por el proceso. Sendo así, el problema se desplaza y passa a ser el de los límites y los criterios con los que se puede alcanzar em el proceso un conocimiento que se corresponda con la realidad empírica y que, por tanto, produzca descripciones de esa realidad que se puedan considerar verdaderas.<sup>45</sup>

Não obstante tal entendimento, é de bom tom frisar que, sob a perspectiva das premissas fixada no trabalho, não se pode ignorar o fato de que o mundo da experiência não pode ser descrito pela linguagem de forma integral e, por isso, a proposição não pode espelhá-lo de forma completa, dado que o evento é único e irrepetível<sup>46</sup>. Enfatiza-se que o sujeito cognoscente tem sempre percepções parciais o mundo.

Outro óbice visualizado é a compreensão de que as coisas somente existem para o ser humano quando se tornam inteligíveis para este por meio da sua constituição em linguagem<sup>47</sup>. Nota-se que existirá a realidade e conhecerá o real onde atua a linguagem, somente esta constitui a realidade e possibilita ao sujeito cognoscente ter acesso ao conhecimento.<sup>48</sup>

---

um fato que é existente. O enunciado: “Deus existe” é verdadeiro se Deus existe. Verdade não é qualidade do fato, e sim do enunciado.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986, p. 275)

<sup>43</sup> TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 100.

<sup>44</sup> TARUFFO, Michelle. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 101

<sup>45</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Tradução de Jordi Ferrer Betrán. 2 ed., Madrid: Editorial Trotta S.A, 2005, p. 176.

<sup>46</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 38.

<sup>47</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 23.

<sup>48</sup> Em que pese isso, Dardo Scavino explica que de certa forma há uma correspondência, no entanto, a verdade só conhecida por meio da linguagem “Nótese entonces que la hermenéutica no abandona la imagen de la verdad como correspondencia entre las palabras y los hechos, simplemente la subordina a una apertura original, a esa pre-interpretación o esse conjunto de presupuestos sobre los cuales se apoya la vida e la comunicación de una sociedade o de una etnis. La verdad, o el enunciado “válido, es la correspondencia entre una proposición y una pre-interpretación más originaria del hecho. Habria que preguntasse entonces si la verdad no se confunde con lo

A verdade por coerência, por sua vez, exprime que a verdade seria de não-contradição entre as proposições.<sup>49</sup> Assim, uma proposição verdadeira construída a partir de outra proposição de um mesmo sistema é não-contraditória com as outras proposições do ordenamento. Tal teoria leva em consideração a proposição no sistema em que é expedida, assim não é verdadeiro o enunciado que não encontra coerência dentro do universo do discurso.

Fica deduzido que a verdade não fica estabelecida entre o enunciado e o mundo da experiência, mas decorre da coerência de determinado juízo com sistema de verdades estabelecidas. Isso demonstra a busca para repelir a verdade como uma correspondência entre a coisa e a ideia.

Na verdade por consenso, portanto, o enunciado é considerado verdadeiro caso detenha maior prestígio no meio do qual emerge<sup>50</sup>, ou seja, do consenso ou do acordo entre os indivíduos de uma comunidade ou cultura<sup>51</sup>. Em conformidade a isso, está o teor do art. 926 do Código de Processo Civil, ao dispor que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Vê-se que uma proposição é verdadeira quando aceita por um grupo social. Tal teoria é aceitável a partir do momento em que seus critérios de inclusão são fixados pelo próprio sistema linguístico no qual há o processamento da proposição. No entanto, tal corrente pode acarretar insegurança na medida em que transformaria a convicção comunitária da verdade em certeza.<sup>52</sup>

Por fim, a verdade pragmática prega que a verdade de uma crença é advinda da sua correspondência com a realidade e é manifestada pela sobrevivência da crença à experiência, isto é, sua coerência com outras crenças. Um enunciado é considerado verdadeiro, só quando tiver efeitos práticos para quem o sustenta e lhe é útil<sup>53</sup>.

Entretanto, tal corrente, além de propiciar que se confunda a verdade com utilidade culminando em uma ausência de cientificidade<sup>54</sup>, outrossim possui muita semelhança com a verdade por

---

verídico o lo verídico o lo verosímil, y si esta conformidad con las pre-interpretaciones comunitarias no nos proporciona una visión demasiado conformista de la verdad, demasiado acorde, como hubiera dicho Leibniz, com los “sentimientos establecidos” SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual. Pensar sin certezas*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1999, p. 15-16)

<sup>49</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 14.

<sup>50</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 17.

<sup>51</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2016,, p. 35.

<sup>52</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.

<sup>53</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2016,, p. 27.

<sup>54</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 42.



correspondência em que a há constatação da verdade entre o relato e o fato consequencial observado.<sup>55</sup>

Dado o exposto, o presente estudo entende a verdade como o valor em nome do qual se fala, de modo a haver a necessidade lógica do discurso. O sujeito cognoscente, ao transmitir uma mensagem, busca plasmar a verdade com o escopo de persuadir, de convencer os destinatários do enunciado.

Como a verdade é construída no discurso jurídico, pode-se concluir que prevalece como mais receptível as verdades por consenso e por coerência, visto que a verdade nasce do relacionamento intersubjetivo, considerando determinado sistema referencial no qual o enunciado será verdadeiro quando for provado segundo as regras postas pelo sistema e quando houver a relação de linguagem com outro enunciado contido no sistema.

### 1.2.2 Relação entre a prova e a verdade

Antes de adentrar na relação entre a prova e a verdade, necessário rediscutir de modo sucinto, o tema do capítulo anterior. Conforme visto, com o “Giro linguístico” a teoria do conhecimento considerou a linguagem não mais como instrumento para a percepção da realidade, mas sim como algo autônomo do mundo empírico, ou seja, a linguagem passa a ser vista como o próprio objeto do sujeito cognoscente, não como meio, visando constituir a realidade.

Como o objeto do conhecimento são as coisas, a situação objetiva<sup>56</sup>, pode-se afirmar que conhecer algo somente é possível ao visualizar uma proposição linguística sobre certo objeto. Com clareza, Lourival Vilanova<sup>57</sup> esclarece tais premissas:

Há investigação psicológica do que ocorre no sujeito cognoscente, quer no momento do conhecimento empírico-sensível, quer na fase do conhecimento conceptual. Esse conhecimento através de conceitos requer a linguagem. Mediante a linguagem fixam-se as significações conceptuais e se comunica o conhecimento. O conhecimento ocorre num universo-de-linguagem e dentro de uma comunidade-do-discurso.

<sup>55</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 27.

<sup>56</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 1.

<sup>57</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 2.

A verdade, nesse sentido, não pode ser considerada como uma descoberta de algo por meio de uma percepção do mundo fenomênico, mas como uma linguagem escolhida pelo sujeito cognoscente num certo sistema. A verdade é criada pelo homem ao revestir em linguagem aquele acontecimento ocorrido no mundo dos fatos que se esvaiu no tempo e no espaço.

Embora de linha diferente, é de bom tom frisar que há autores, como Jordi Ferrer Beltrán, que enxergam a relação entre prova e verdade como teleológica, isto é, finalística, em que a finalidade da prova seja alcançar o conhecimento sobre a verdade dos fatos alegados.<sup>58</sup>

Dada a inesgotabilidade de sentidos que as palavras podem ter, o que ocasiona a infinidade de interpretações<sup>59</sup>, o termo “prova” permite ter vários significados, podendo, por exemplo, ser visualizado sob a ótica da atividade (ação de provar), como um meio, um instrumento ou como resultado (consequência no processo). Vendo a prova como meio empregado para servir de convencimento de outra pessoa acerca de algo, tal meio deve revestido em linguagem competente.

Feitas tais considerações, pode-se expor que a “verdade” se relaciona com a “prova” no momento que os eventos da realidade social são vertidos em linguagem, sendo esta passível de verificação.

Ressalte-se que em determinada relação jurídica, uma parte pode provar a não ocorrência de certo evento, fazendo o uso de outra linguagem, também, de igual modo, passível de aferição, tendo em vista que a apuração da verdade por meio do estudo da prova se dará dentro das regras de um dado sistema, averiguando se as proposições linguísticas são verdadeiras ou falsas. Percebe-se, desse modo, que a prova é o suporte indispensável para a constituição do fato jurídico.

Dessa forma, o conceito de prova, que será discutido mais adiante, pode ser entendido como instrumento revestido em linguagem competente cuja finalidade é auxiliar no convencimento da autoridade julgadora sobre o fato discutido no caso. Assim, as partes, sustentadas pelas provas, apresentam versões dos eventos por meio dos fatos revestidos em linguagem jurídica<sup>60</sup> a fim de convencer o juiz. O instrumento material usado para provar algo pode ser realizado

---

<sup>58</sup> Ratificando o entendimento, Jordi Ferrer Beltrán aduz: “Pues bien, creo que una buena forma de presentar el problema de la relación entre prueba y verdad puede ser ésta: la finalidad de la prueba como institución jurídica es la de permitir alcanzar el conocimiento acerca de la verdad de los enunciados fácticos del caso.” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ed., Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 74)

<sup>59</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 197.

<sup>60</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 949.

através dos meios de prova arrolados entre os artigos 405 e 484 do Código de Processo Civil. A propósito, Maria Rita Ferragut<sup>61</sup> confirma tal posicionamento ao discorrer:

“meio de prova é o enunciado passível de ser produzido pelas partes que tem por conteúdo a ocorrência ou inoocorrência de um determinado acontecimento. É o instrumento material de comprovação da existência de algo, como, por exemplo, a verificação judicial, a perícia, a confissão, a prova testemunhal, a documental e a indiciária. É, em última análise, a representação, em linguagem competente, dos eventos ocorridos no mundo fenomênico.”

Vê-se que a relação entre a prova e a verdade é íntima, visto que a ausência de prova não se estabelece a verdade, de maneira a entender que as “provas representam o fundamento da inferência que determina a confirmação dos enunciados fáticos.”<sup>62</sup>

A verdade, desse modo, é obtida com a construção discursiva<sup>63</sup> a partir da confrontação dos elementos do discurso, da coerência do discurso com a confrontação da linguagem das provas apresentadas no processo cujo escopo é convencer o juiz acerca dos fatos alegados.

Portanto, analisadas as premissas, a definição da verdade está restrita aos limites da cognição do sujeito cognoscente (que, aliás, será discutido em tópico mais à frente), uma vez que é incompleto e limitado por natureza. A verdade, reitere-se, deve ser revestida em linguagem jurídica. Logo, a relação da prova com a verdade é traduzida na medida em que aquela serve de instrumento para se chegar a esta a partir do entendimento de que a prova almeja convencer o seu destinatário, juiz, da ocorrência ou da não ocorrência de determinado fato.

### 1.3 Sistema do direito positivo

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho<sup>64</sup>, sistema é formado de partes que se ligam em face de um princípio unitário, norteado por um vetor comum, uma referência determinada e em razão desta que os elementos do sistema se relacionam.

<sup>61</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*, 2 ed. São Paulo, Dialética, 2001, p. 45.

<sup>62</sup> TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade. O Juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons 2012, p. 275.

<sup>63</sup> CHAVES, Luciano Athayde. A prova oral e o problema da verdade no direito processual: as contribuições do constructivismo lógico-semântico. In: *Revista de Processo*. v. 275, Janeiro/2018, p. 67-88, Versão digital, n.p.

<sup>64</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78

Cumprir frisar que a teoria do sistema é aplicada em todos os âmbitos do conhecimento, de forma a compreender que sistema é um conjunto de elementos que mantém relações entre si em torno de um elemento aglutinador.

Lourival Vilanova ensina que sistema é onde se encontram “elementos e relações que se articulam segundo leis”.<sup>65</sup> E prossegue ao afirmar que o “sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre partes e elementos”<sup>66</sup>.

Para o direito, a teoria dos sistemas assume uma importância ímpar, uma vez que viabiliza que o direito possa ser visualizado como um sistema constituído por normas que se relacionam e se estruturam de forma hierarquizada.<sup>67</sup> E a fundamentação de tais normas são regidas pela fundamentação ou derivação, o que marca a possibilidade dinâmica com a regulação do próprio direito positivo da sua criação e transformação.

A linguagem do direito positivo é baseada na linguagem social, selecionando tão somente os fatos relevantes para constituírem fatos jurídicos. Há, assim, a transição da linguagem social para a linguagem técnica plasmada de termos científicos. Tendo em vista que o sistema do direito positivo é atrelado à disciplina da conduta humana, tal sistema é caracterizado por uma linguagem prescritiva, de modo a ter necessariamente um mínimo de racionalidade sistêmica, visto que só poderá ser assimilada pelos destinatários da linguagem jurídica.

Dessa forma, as unidades normativas do sistema do direito positivo relacionam-se entre si por meio de uma estrutura hierarquizada, reunidas perante a Constituição Federal, a qual, por sua vez, na qualidade de vetor comum, confere o caráter unitário ao conjunto das normas jurídicas.

Ademais, outro ponto que merece ser analisado é a distinção entre sistema e ordenamento, na medida que se toma como sistema o direito vigente em certo instante<sup>68</sup> ao passo que o ordenamento consiste no conjunto de sistema que vão se sucedendo à proporção que as normas vão sendo revogadas.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 54.

<sup>66</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 135.

<sup>67</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 79

<sup>68</sup> ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Mexico: Distribuciones Fontamara, 2002, p. 59.

<sup>69</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 129.

Por esse viés, a implicação de mudança do sistema é transparecida quando cada norma jurídica ser revogada ou modificada. Juristas como Eugenio Bulygin e Daniel Mendonça<sup>70</sup> defendem esse posicionamento, já que confere ao ordenamento uma unidade ao direito enquanto campo dinâmico, submetida a transformações a qualquer momento, de forma a ocorrer a separação dos vários sistemas.

Tárek Moysés Moussallem<sup>71</sup>, que prega pela distinção entre sistema e ordenamento, explica de modo incisivo:

Emprega-se expressão “sistema do direito positivo” para se referir ao conjunto de normas estaticamente consideradas. A voz “ordenamento jurídico” é usada no sentido dinâmico de “sequência de conjunto de normas”, ou seja, “uma ordem jurídica é, de acordo com esta convenção, uma sequência de sistemas normativos.

Voltando às características iminentes do sistema jurídico, fica a lição de que o sistema do direito positivo admite contradição entre normas jurídicas, porque podem haver duas normas contraditórias, mas válidas, ainda que não aplicáveis à mesma conduta. Assim, no plano pragmático e semântico poderá haver incoerências, mas do ponto de vista sintático não há, mesmo que haja, sob o aspecto lógico, valores opostos.<sup>72</sup>

Interessante notar, por fim, que o sistema do direito positivo é autopoietico<sup>73</sup> em razão de ser sintaticamente fechado, o que propicia haver a comunicação com os outros subsistemas sociais quando ele mesmo determina<sup>74</sup>. Nessa esteira, observa-se que o próprio direito constrói as normas jurídicas e as estruturas do sistema, o que demonstra o caráter de autorreferência do sistema.

<sup>70</sup> BULYGIN, Eugenio y MENDONÇA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 45.

<sup>71</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 129.

<sup>72</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 165-166.

<sup>73</sup> Sobre o sistema do direito autopoietico cumpre destacar a exímia análise de Niklas Luhmann: “À medida que o sistema do direito se utiliza da linguagem para comunicar, ele está sempre a comunicar possibilidades de associação fora do sistema jurídico. A imprensa pode informar sobre novas leis e sentenças. Questões legais podem ser objeto de conversas do dia a dia. Se é verdade que o sistema do direito não pode falar com a sociedade como sistema, seus limites para com a comunicação são permeáveis. É por isso que se pode também entender, apreender e assimilar internamente o que na sociedade foi dito sem levar em consideração o direito. O sistema jurídico pressupõe simplesmente que a comunicação funcione e que seja entendida ou mal entendida, podendo provocar aprovação ou rechaço. A partir desse fundo faz-se premente uma questão sobre as características específicas das operações jurídicas. Nessa perspectiva, recordemos da necessidade, ditada pela teoria, de satisfazer-se os requisitos de exatidão. A teoria de um sistema autopoietico e fechado em sua operação depende de que essa pergunta seja respondida de maneira satisfatória.” (LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016, p. 74-75

<sup>74</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 51.

#### 1.4 Direito como sistema comunicacional: evento, fato e fato jurídico

Pensar o direito dentro das balizas do giro-linguístico implica uma série de pressupostos, conforme expostos anteriormente, tais como admitir a linguagem como condição jurídica constitutiva da realidade de forma que nada existe fora da linguagem<sup>75</sup>; tomar o direito como um corpo de linguagem prescritiva que constitui a realidade a fim de regular condutas intersubjetivas de uma específica sociedade em determinado tempo e entender que o direito é um fato comunicacional que se manifesta por atos de comunicação em conformidade com uma linguagem pactuada<sup>76</sup> pela própria comunidade.

Tais premissas embasam o entendimento de que o direito é uma construção linguística plasmada num contexto comunicacional, tendo em vista seu cunho intersubjetivo. Ademais, o direito é um objeto cultural, já que se trata de uma criação do homem enlaçada a um fim que é regular as condutas intersubjetivas almejando implementar valores daquela sociedade no qual está inserido<sup>77</sup>. Conclui-se, diante disso, que o direito é um sistema comunicacional, sistema de significações<sup>78</sup>, objetivado em linguagem prescritiva cujos elementos são as normas jurídicas.

Nessa linha, o direito pode ser estudado com a aplicação do modelo comunicacional desenvolvido por Romam Jakobson<sup>79</sup> em que demonstra que a comunicação se dará a partir dos seguintes elementos: (i) remetente, conhecido também como emissor, que procede com o envio da mensagem, haja vista o legislador; (ii) destinatário, conhecido também como receptor que recebe a mensagem; (iii) mensagem, conteúdo do envio, por exemplo as normas jurídicas prescritas; (iv) contexto, que é o meio que enlaça o remetente e o destinatário; (v) código,

<sup>75</sup> Sobre a importância da linguagem, João Maurício Adeodato aduz que “a linguagem não é um meio para o real, ela é o único mundo perceptível. Simplesmente não existem elementos externos a ela, que constitui o meio ambiente do ser humano. Todo objeto é composto pela linguagem, o que significa dizer que o conhecimento é formado por acordos lingüísticos intersubjetivos de maior ou de menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes e, assim, passíveis de constantes rompimentos.” (ADEODATO, João Maurício. *Uma retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, São Paulo: Noeses, 2011, p. 6)

<sup>76</sup> Gregório Robles destaca que “O acordado é linguagem e, por isso, o ser da convenção é linguagem. Que o acordado é linguagem significa que a natureza do acordado não é outra que a da linguagem, já que não se pode acordar senão mediante linguagem”. (ROBLES, Gregório. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. Tradução de Pollyana Mayer, São Paulo: Noeses, 2011, p. 26.)

<sup>77</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*, São Paulo: Noeses, 2014, p. 199.

<sup>78</sup> No prefácio à 4ª edição, Lourival Vilanova destaca que “Um sistema de significações sem um sistema de linguagem, que permeia todos os subsistemas sociais, permaneceria em estado ideacional: ficariam desprovidos de objetivação, sem a relação estável entre o símbolo e seus referentes, inviabilizando a comunicação”. (VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 15)

<sup>79</sup> JAKOBSON, Romam. *Linguística e comunicação*. Tradução de José Paulo Paes e Isidoro Blikstein, São Paulo: Cultrix, 1991, p. 123.

conjunto de sinais comum ao emissor e ao receptor da mensagem, a língua portuguesa, por exemplo; (vi) canal, o suporte físico que permite a transmissão da mensagem, haja vista o diário oficial. A tais elementos Paulo de Barros Carvalho<sup>80</sup> faz o acréscimo da (vii) conexão psicológica, que é o interesse dos sujeitos na emissão e compreensão da mensagem.

Extraí-se da mencionada exposição, que o processo comunicacional do direito é constituído por meio de atos de comunicação e que no próprio direito positivo tudo fica reduzido a texto, em em outras palavras, no direito tudo é texto, tudo se manifesta através da linguagem, é o “cerco inapelável da linguagem.”<sup>81</sup>

#### 1.4.1 Evento, fato e fato jurídico

Com o fito de ter uma análise constructivista do direito cuja linguagem é constitutiva da realidade jurídica, é de suma relevância estudar a diferença entre evento, fato e fato jurídico, uma vez que se referem a planos distintos de realidade e de linguagem.

O evento é visualizado no plano do mundo fenomênico (plano do ser), é o acontecimento em si em dada coordenada de tempo e de espaço, sem qualquer formação linguística.<sup>82</sup> Ele é algo que ocorre no plano da experiência, se esvaindo no tempo e no espaço, de modo a restar apenas seus vestígios.

De acordo com João Maurício Adeodato<sup>83</sup>, os eventos são “individuais, únicos e irrepetíveis”, são a realidade em si e, pelo fato de serem externos ao homem ao são considerados como objeto do conhecimento, que é apenas apreendido por meio da linguagem construída pelo sujeito cognoscente. Em relação ao tempo de sua constituição, o evento sempre concerne ao passado, porquanto já aconteceu e para obter seu conhecimento será necessário um relato pelo ser humano.

---

<sup>80</sup> CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 167.

<sup>81</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 167.

<sup>82</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 532.

<sup>83</sup> ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, São Paulo: Noeses, 2011, p. 38.

O fato, por sua vez, é um relato linguístico do evento e é constituído posteriormente, de forma a criar uma nova realidade remetendo sempre ao passado. Vê-se que somente com por meio dos fatos que o homem consegue entender os eventos, e a veracidade de tal relato ficará ligada aos acordos construídos oriundos da vivência cotidiana. Por essa razão, pode-se entender que a realidade é retórica, pois decorre de relatos que supostamente referem-se aos eventos.

Como evento e fato são dimensões distintas de um mesmo acontecimento, o direito admite o uso de tempos diversos: (i) o tempo no fato<sup>84</sup>, que é aquele em que o evento ocorreu no mundo do ser; e (ii) o tempo do fato<sup>85</sup>, que é aquele no qual o relato linguístico foi produzido. Em relação ao primeiro, serão aplicadas as normas jurídicas vigentes à época da sua ocorrência, normas de cunho material. Já ao último, se aplicará as normas jurídicas vigentes ao tempo em que foi produzida a linguagem jurídica que realiza a descrição do evento, normas de cunho processual.

O fato jurídico, por fim, é encontrado no plano do dever-ser, no plano da realidade do direito, cuja característica é o relato em linguagem do direito do evento ocorrido.

Nada tem significado para o mundo do direito enquanto não ocorrer a qualificação pela linguagem jurídica. Fato jurídico é “aquele que, e somente aquele, que puder expressar-se em linguagem competente, isto é, segundo as qualificações estipuladas pelas normas do direito positivo.”<sup>86</sup>

Nesse sentido, Aurora Tomazini de Carvalho é precisa na explicação acerca do fato jurídico:

“O fato jurídico é aquele traduzido no código do direito positivo, selecionado pelos parâmetros de filtragem do sistema e, por isso, capaz de desencadear efeitos de ordem jurídica. Todo fato jurídico é, antes de ser jurídico, um fato, pois constitui-se como um enunciado linguístico sobre uma situação existencial, mas nem todo fato é jurídico, somente aquele vertido em linguagem competente do direito positivo, capaz de promover os efeitos prescritos pelo sistema.”<sup>87</sup>

Observando os pressupostos utilizados neste trabalho, nota-se que toda realidade se constitui pela linguagem, nada existe antes dela, e cada sistema constitui sua realidade própria.<sup>88</sup> Dessa

<sup>84</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, p. 199.

<sup>85</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, p. 199.

<sup>86</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 824.

<sup>87</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p.536.

<sup>88</sup> Em conformidade a isso, Clarice Von Oertzen de Araújo aduz que “A cultura, como sistema simbólico de comunicações, é um vasto mosaico em que estão inseridas todas as manifestações intersubjetivas, sejam elas de cunho social, econômico, jurídico, ético, moral, religioso, artístico, científico, político ou tecnológico. A realidade



forma, para que um evento passe a integrar um sistema, deve ser revestido em linguagem competente, consoante os códigos e programas, mecanismos de seleção<sup>89</sup>, desse sistema.

Para se chegar ao fato jurídico, desse modo, o evento terá que ser traduzido em linguagem ordinária e fará a constituição do fato social, este, em seguida, será versado em linguagem jurídica constituindo o fato jurídico que passará a integrar o sistema jurídico. Paulo de Barros Carvalho já definia: “[...] fato jurídico é a parte do suporte fático que o legislador, mediante a expedição de juízos valorativos, recortou do universo social para introduzir no mundo jurídico<sup>90</sup>.”

Pelo excerto citado acima, infere-se que não há um fato puro, já que haverá muitas espécies de fatos à proporção da quantidade de sistemas. Cada fato será constituído em linguagem por um agente competente, que recortará da linguagem do mundo fenomênico para integrar a realidade jurídica, de acordo com os critérios fixados por cada sistema.

Portanto, sintetizando o exposto, o evento é o acontecimento do mundo fenomênico sem qualquer relato linguístico. O fato é um enunciado denotativo de uma situação, demarcada no espaço e no tempo, refere-se sempre a um passado a algo já sucedido que se esvaiu no tempo e no espaço.<sup>91</sup>

Daí, a razão de o sujeito ter acesso apenas ao fato, e não ao evento. O fato jurídico é visualizado quando o fato social é vertido em linguagem jurídica, ou seja, a incidência da linguagem prescritiva do direito positivo juridiciza os fatos sociais, de modo a desenhar o campo da facticidade jurídica.

---

na qual o direito este inserido constitui uma verdadeira malha de signos e de códigos, sejam eles de natureza verbal ou não verbal” (ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 7)

<sup>89</sup> “Com base na teoria da sociedade de Niklas Luhmann, tomamos o direito como um sistema comunicativo funcionalmente diferenciado e dotado de programas e código próprios, apresentando uma forma especial de abertura e fechamento com relação ao ambiente. Esclarece Gustavo Sampaio Valverde que, não obstante a sociedade se apresente como um grande sistema, compreendendo todas as formas possíveis de comunicação, na modernidade encontra-se dividida em subsistemas parciais, dos quais são exemplo os sistemas político, jurídico, econômico e científico. Esses sistemas possuem códigos de comunicação próprios e específicas operações de reprodução de elementos, que lhes conferem um fechamento operativo e também uma forma peculiar de abertura cognitiva do ambiente.” (TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 61).

<sup>90</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 949.

<sup>91</sup> Tércio Sampaio Ferraz Junior exemplifica a distinção entre evento e fato: “É preciso distinguir entre evento e fato. A travessia do Rubicão por César é um evento. Todavia, “César atravessou o Rubicão” é um fato. Quando, pois, dizemos que “é um fato que César atravessou o Rubicão”, conferimos realidade ao evento. “Fato” não é, pois, algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 232)

Por meio da atividade probatória, por exemplo, compõe a prova, a qual é entendida como fato jurídico em sentido amplo, o relato em linguagem competente de evento acontecido no passado, mediante a decisão do julgador, é necessário para que se constitua o fato jurídico em sentido estrito desencadeando os correspondentes efeitos.

Destaca-se que para o fato jurídico tributário seja considerado verdadeiro para o direito não se requer a certeza de que o relato corresponda fielmente ao evento, mas a certeza de que o enunciado descritivo foi elaborado de acordo com as regras do sistema do direito positivo, submeteu-se às provas e resistiu à contestação, conforme apresentado anteriormente. Assim, é a manifestação linguística do evento, e não o próprio evento, que interessa ao direito, é sobre ela que os valores se aplicam.

Portanto, para se ter fato jurídico é indispensável que haja produção de uma linguagem específica, prescrita pelo próprio ordenamento, haja vista o que ocorre na linguagem das provas, na qual há a referência ao fato social para, consoante as regras do direito, constituir um fato jurídico, apto para provocar os peculiares efeitos prescritivos.<sup>92</sup>

## 1.5 Norma jurídica

Com inspiração nos ensinamentos de Hans Kelsen<sup>93</sup>, entende-se o Direito positivo como o sistema de normas jurídicas válidas que regulam as condutas do homem em um determinado local<sup>94</sup>.

As normas jurídicas, unidades do sistema do direito positivo, assume um caráter ambíguo podendo ter uma acepção ampla e estrita. A norma jurídica no sentido amplo não possui um conteúdo completo do dever-ser, em outras palavras, não há uma mensagem deôntica

<sup>92</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. Ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 80.

<sup>93</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 215.

<sup>94</sup> Conforme expõe Aurora Tomazini de Carvalho, existem três consequências metodológicas deste recorte feito para constituir a classe “direito positivo”: com o primeiro critério (ser norma), “dividimos as classes de normas (linguagem prescrita) das classes de não-normas (outras linguagens: descritiva, interrogativa, poética etc)”; com o segundo critério (ser jurídica), “separamos as normas entre jurídicas (postas perante ato de vontade da autoridade competente), das não-jurídicas (morais, religiosas, éticas etc.); com o terceiro critério (ser válida), “isolamos a classe das normas jurídicas em válidas (presentes – existentes) e não-válidas (futuras e passadas – não-existent)” (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 5. Ed, São Paulo: Noeses, 2014, p. 89-90).

completa.<sup>95</sup> Já a norma jurídica em sentido estrito possui um sentido deôntico completo, os enunciados prescritivos são articulados dentro da lógica implicacional a qual possibilita ao destinatário ficar a par da obediência a determinado comportamento.

Nesse turno, compreende-se a norma jurídica, em sentido estrito, como uma significação estruturada numa lógica hipotética-condicional cuja construção se concretizará pelo intérprete.<sup>96</sup> Este, para alcançar à percepção de norma jurídica, passará pelos planos da linguagem desenvolvidos pelo ilustre jurista Paulo de Barros Carvalho<sup>97</sup>, os quais serão estudados mais à frente.

Em relação às normas jurídicas *stricto sensu*, estas são compreendidas como a articulação dessas significações, no plano jurídico, constituída de sentido deôntico, ou seja, oferecem a mensagem jurídica com sentido completo (se ocorrer o fato F, se instalará a relação deôntica R entre os sujeitos S' e S''), sempre havendo a homogeneidade sintática<sup>98</sup> traduzida numa hipótese que implica uma consequência.

Nesse aspecto, em conformidade com as premissas do construtivismo lógico-semântico, o intérprete não extrai a norma jurídica dos textos, ele constrói a norma atribuindo-lhe sentido, isto é, utiliza-se da interpretação para atribuir significações ao texto com o escopo de fazer referências a objetos<sup>99</sup>. A par desse raciocínio frisa-se que a “norma jurídica surge de um

<sup>95</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 128.

<sup>96</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 128.

<sup>97</sup> Paulo de Barros Carvalho explica o percurso que gera sentido ao texto feito pelo intérprete. Após passar pelo plano da expressão (S1) e pelo plano do conteúdo (S2), o referido jurista explica que: “Ao terminar a movimentação por esse subsistema, o interessado terá diante de si um conjunto respeitável de enunciados, cujas significações já foram produzidas e permanecem à espera das novas junções que ocorrerão em outro subdomínio, qual seja, o de S3, subsistema das formações normativas, em que todo o trabalho estará voltado à composição de unidades lógicas determinadas pela presença inafastável das estruturas condicionais. Aparecerão nesse subconjunto as significações de enunciados que realizam o antecedente da regra jurídica, bem como aqueles que prescrevem condutas intersubjetivas, contidas no consequente. Mas, também nele, a tarefa se desenvolve em intervalos sequenciais, porque o contacto inicial com o sentido da entidade normativa é insuficiente para a outorga derradeira de sua significação. Tornam-se imprescindíveis, nesse nível da elaboração exegética, uma série de incursões aos outros dois subsistemas, na atividade ingente de procurar significações de outras sentenças prescritivas que, por imposição da hierarquia constitucional, não podem estar ausentes do conteúdo semântico da norma produzida. É precisamente na amplitude dessas idas e vindas aos sistemas S1 e S2 que o sujeito gerador do sentido vai incorporando as diretrizes constitucionais. E além disso, há que se pensar na integração das normas, nos eixos de subordinação e de coordenação, pois aquelas unidades não podem permanecer soltas, como se não pertencessem à totalidade sistêmica.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128-129)

<sup>98</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 129.

<sup>99</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

esquema de interpretação realizado pelo homem para construir o sentido deôntico do texto do direito positivo<sup>100</sup>.”

O ato de interpretação é necessário para o conhecimento, compreensão e construção dos sentidos da comunicação e do texto jurídico, por meio daquele constrói-se a norma jurídica.<sup>101</sup>

Na trajetória interpretativa, por sua vez, pode haver em paralelo várias possibilidades de significação de maneira que estas ficarão, nas lições de Hans Kelsen, dentro de uma moldura que é traduzida como um espaço de inexatidão do enunciado normativo, tendo em vista a viabilidade de construção várias normas jurídicas que, de certa forma, pertencerão ao sistema do direito positivo.

Desse modo, consoante a esse entendimento, observa-se a análise minuciosa feita por Hans Kelsen<sup>102</sup> acerca da interpretação:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto de interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

Terminado esse estudo preliminar, voltemos aos planos da linguagem que servirão como auxiliares para o processo de construção de sentido dos textos jurídicos. De antemão, o intérprete depara-se com plano de expressão (S1) na qual terá contato com a lei, tido como suporte físico. Neste, há o primeiro contato do intérprete com os textos introdutórios de enunciados prescritivos (Constituição, leis, acórdãos etc.), isto é, com o “conjunto estruturado de letra, palavras, frases, períodos, e parágrafos graficamente manifestados nos documentos produzidos pelos órgãos de criação do direito.”<sup>103</sup>

No plano do conteúdo ou plano das proposições (S2) o sujeito cognoscente procederá com o isolamento dos enunciados prescritivos com a intenção de alcançar a compreensão, “trata-se de um plano imaterial “construído na mente do intérprete e composto pelas significações atribuídas

<sup>100</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed., São Paulo: Noeses, 2006, p. 67.

<sup>101</sup> LINS, Robson Maia. Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 182.

<sup>102</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390.

<sup>103</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8 ed. Saraiva, 2015, p. 64.

aos símbolos positivados pelo legislador.”<sup>104</sup> Nesse plano, há a seleção e coordenação das significações construídas pelo intérprete a partir dos enunciados para formar proposições constituídas de sentido, de maneira a se configurar um momento prévio da consecução da norma jurídica, já que no plano S2 ainda não há a construção do sentido deôntico completo.

Em seguida, no plano da norma jurídica (S3), verifica-se a construção da mensagem jurídica com a associação das proposições feitas com o objetivo de descrever a hipótese e a consequência. Haverá, dessa forma, a estruturação das significações na forma de uma hipótese que implica uma consequência com a verificação da regulação de determinada conduta por meio de modais deônticos modalizados nas formas “permitido”, “proibido” e “obrigatório”.

As normas jurídicas, assim, aparecerão como “unidades mínimas e irreduzíveis do deôntico completo, estruturadas sempre a partir de juízos condicionais, em que suas variáveis são ligadas pelo dever-ser ou pelo princípio da implicação<sup>105</sup>”. Portanto, delineada a norma jurídica, exarase o conteúdo normativo que permite viabilizar a regulação das condutas intersubjetivas.

Por último, chegará ao último plano (S4) com as normas jurídicas articuladas em um conjunto hierarquizado constituindo-se o sistema do direito positivo. Nesse estágio, detectará a relação de coordenação e subordinação que a norma construída no plano S3 tem com o restante das normas integrantes no sistema, conforme a hierarquia das normas, bem como sua relação de pertinência. Nesse passo, “ao estabelecer relações de subordinação, verifica a fundamentação jurídica das normas, detectando vícios de constitucionalidade e de legalidade”<sup>106</sup> fazendo com que o intérprete, credenciado pelo sistema, possa aplicar a norma criada mediante a formalização por linguagem competente.

Conclui-se diante disso, que a interpretação é um processo cujo início dá-se com a análise da literalidade textual, de modo a construir a norma jurídica ao transitar pelos planos da linguagem. O intérprete constrói seu sistema jurídico ao transitar de maneira livre pelo percurso gerador de sentido do texto por meio dos planos S1, S2, S3 e S4.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 202.

<sup>105</sup> LINS, Robson Maia. Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014, p. 185.

<sup>106</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 259.

<sup>107</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

### 1.5.1 Antecedente normativo

De acordo com o que esboçado no tópico anterior, a norma jurídica tem uma estruturação lógica constituída por duas proposições representadas pela hipótese e o pelo consequente, dando-lhe, assim, um sentido deôntico.

O antecedente da norma exerce a função de descrever um evento possível de ocorrer no mundo fenomênico. Nele, há a exposição dos critérios conotativos que irão nortear o aplicador do direito para realizar a incidência da norma. Enquadrado o fato às notas da hipótese, a incidência da norma ocorrerá a partir da denotação feita pelo agente competente ao especificar na norma individual e concreta os elementos do fato ocorrido, bem como da relação jurídica formada.

A hipótese, embora tenha função prescritiva, possui uma forma descritiva, mas sem valor veritativo<sup>108</sup>. Assim, verificado ou não o fato jurídico, a hipótese não adquirirá o valor de verdade, e sim o valor de validade, já que foi posta por meio de meio de um procedimento previsto no sistema do direito positivo.

Conclui-se, assim, que a hipótese de incidência tributária é uma proposição descritora de um evento de possível ocorrência no campo da experiência social, promovendo recortes e reduzindo as complexidades do fato social.<sup>109</sup> Sua função é delimitar um fato que, caso verificado, propiciará efeitos jurídicos e, paralelo a isso, estabelecerá as notas que certos acontecimentos têm que ter para serem considerados fatos jurídicos.

O vínculo jurídico entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, por sua vez, se estabelecerá no consequente da norma na qual se terá o direito subjetivo do primeiro sujeito de exercer o direito de cobrar a prestação devida do sujeito passivo concernente a uma determinada obrigação.

### 1.5.2 Consequente normativo

---

<sup>108</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 3 ed., São Paulo: Noeses, 2005, p. 58.

<sup>109</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 259.

A função da consequência da norma é de prescrever condutas intersubjetivas e nela se identificará um dever-ser intraproposicional com o enlaçamento dos dois sujeitos de direitos por meio de um dos modais deônticos: obrigatório (O), permitido (P) e proibido (V), nascendo, assim a relação jurídica entre eles após a aplicação da norma pelo operador do direito. Logo, por força da imputação normativa, o sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra (sujeito passivo) o cumprimento de certa prestação<sup>110</sup>.

O functor deôntico neutro constitui o nexó jurídico das proposições normativas – hipótese e consequência, de modo a enlaçar estes por meio do liame de implicação interproposicional. Nesse sentido, é o ato de vontade da autoridade competente que legisla, visualizado no functor deôntico neutro, que será o responsável pela conexão deôntica entre as proposições hipótese e a consequente, não aparecendo, assim, o dever-ser neutro modalizado nas formas permitido, proibido e obrigatório.

O functor deôntico modalizado, por sua vez, é verificado no consequente da norma jurídica com a instauração da relação jurídica após a ocorrência do evento contido na hipótese normativa. Nesse sentido, os sujeitos de direito integrantes do consequente serão conectados por um dever-ser modalizado, intraproposicional cuja conduta será modalizada por constantes deônticas<sup>111</sup> obrigatório (O), permitido (P) ou proibido (V). No consequente da norma, desse modo, são constatados os direitos e deveres correlatos dos sujeitos de direito em torno do objeto da prestação a ser realizada.

A partir dessas disposições, nota-se que toda norma jurídica possui a mesma estrutura, daí a homogeneidade sintática delas, ao passo que quanto à análise do conteúdo e da forma como tais regras são aplicadas, haja vista as normas individuais e concreta, haverá uma distinção o que irá acarretar, respectivamente, a uma heterogeneidade semântica, de conteúdo, e a uma heterogeneidade pragmática<sup>112</sup>.

### 1.5.3 Norma jurídica completa

<sup>110</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 134.

<sup>111</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 3 ed., São Paulo: Noeses, 2010, p. 61.

<sup>112</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 292.

A composição dúplice da norma jurídica traduz uma norma jurídica completa, de maneira que pressupõe uma bimembridade constitutiva, uma denominada de norma primária e outra de norma secundária.<sup>113</sup>

De antemão, destaca-se que a norma primária é dividida em norma primária dispositiva e norma primária sancionatória. Naquela há uma vinculação, de modo deôntico, da ocorrência de um dado evento (hipótese) a uma prescrição de conduta formando uma relação jurídica de direito material (consequente), enquanto que na norma primária sancionatória é notado o descumprimento da norma primária dispositiva a partir de um fato ilícito que implicará a aplicação de uma sanção em seu consequente, tudo isso ainda no âmbito da relação jurídica de direito material.<sup>114</sup>

Dessa maneira, caso o consequente da norma primária (tanto da parte dispositiva, quanto da parte sancionatória) seja descumprido, o fluxo de causalidade continuará e acarretará a aplicação da sanção pelo Estado-juiz, de modo que formará, assim, a norma secundária, a qual representa a relação jurídica de direito processual.

Portanto, observa-se que a hipótese da norma secundária contém a descrição do descumprimento do dever jurídico do consequente da norma primária (dispositiva ou sancionatória) e o consequente terá a formação de uma nova relação jurídica (relação processual) com os sujeitos da norma primária mais o Estado-juiz que exercerá a função jurisdicional com aplicação da sanção.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> VILANOVA. Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 149.

<sup>114</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2 ed., São Paulo: Max Limonge, 1999, p. 43.

<sup>115</sup> O signo “sanção” é um termo ambíguo, o que expressa a sua polissemia. Tal palavra é dotada de vários sentidos de modo a acarretar confusões no momento de interpretá-la, uma vez que, conforme o significado que se atribua, se estará aludindo a aspectos variados do sistema do direito, podendo ser visualizada na norma primária ou na norma secundária. A par disso Lourival Vilanova explica que: “Temos, assim, as sanções incluídas na estrutura das normas primárias de direito material. Essas sanções situam-se nas relações como consequências decorrentes de certos pressupostos obrigacionais (obrigações de fazer, de omitir, de dar – genericamente, prestações do sujeito passivo). Seu cumprimento verifica-se dentro do poder de exigir a prestação correlata ao direito subjetivo material. Ante o não cumprimento voluntário das obrigações principais e dessa classe de sanções, somente pela via processual é possível exigir coercitivamente. Exige-se o cumprimento por meio de sentença cuja eficácia seja condenatória. O direito à sanção, advindo dessa sentença, fundamenta o direito ou a pretensão frente ao Estado, para que ele ponha poder de coação a serviço da realização concreta da sanção, esta em nível de relação processual (na sentença condenatória). Assim sendo, temos sanções integrantes da relação jurídica substantiva (de direito privado ou de direito público; sanções integrantes da relação jurídica processual (sempre de direito público). E, finalmente, a coação, o poder de efetivar a sanção contida na vontade jurisdicional do Estado (expressa na condenatoriedade de seu ato).” (VILANOVA. Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 149.)



## **1.6 Demarcação do objeto**

Fixadas as premissas que auxiliarão de base para o desenvolvimento do trabalho, faz-se necessário demarcar, como objeto de análise, partindo dos temas de conhecimento e verdade no âmbito das provas, a investigação da implicação do teor do § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, que trata da distribuição dinâmica do ônus da prova nas controvérsias tributárias.

A proposta desta dissertação valorizará o aspecto pragmático da linguagem, de modo a analisar a redistribuição do ônus da prova entre os integrantes do processo no momento em que for provada a excessiva dificuldade de uma das partes de proceder com a produção do enunciado probatório.

Por tal razão, serão delineadas inicialmente as considerações acerca da teoria do conhecimento, bem como das posições acerca da verdade. Logo, o estudo será voltado para a definição do conceito de prova, apresentando seus elementos e características e, em seguida, será estudada a questão das presunções, bem como o ônus da prova juntamente com seus limites sob a ótica do Código de Processo Civil.

Nessa construção, serão discutidos os pontos de discussão em voga em relação ao ônus da prova, sobretudo no que se refere à produção de prova negativa pelo contribuinte, a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa e a responsabilidade pessoal do sócio-administrador, haja vista na hipótese em que teve proposta contra si redirecionamento da execução fiscal com base em uma carga probatória baseada em mera presunção, sem haver prova dos indícios.

## **2 AS PROVAS E A COGNIÇÃO**

O tema das provas é um assunto de relevância no âmbito processual em razão de proporcionar a busca da verdade ocorrida no mundo fenomênico, estabelecendo uma conexão entre o evento e o fato revestido em linguagem.

Dentro do direito, dentro da sua realidade jurídica, para que um determinado fato, um determinado elemento do mundo possa fazer o ingresso no mundo do dever-ser exige-se que ele seja traduzido por uma linguagem competente.

A propósito, Tárek Moysés Moussallem realça a importância da linguagem para as provas:

Provar é produzir linguagem competente (de acordo com o que prescreve o ordenamento jurídico) sobre determinado evento. Mediante prova é que se aferirá ou não se o enunciado (E<sup>1</sup>), foi produzido em consonância com o ordenamento jurídico. Caso tenha sido produzido em desacordo com o sistema do direito positivo, este (e nunca o cientista) poderá realizar a expulsão do enunciado (E<sup>1</sup>) somente ao criar um outro enunciado (E<sup>2</sup>).<sup>116</sup>

Por mais que todas as pessoas acreditem que aquele fato social realmente aconteceu, esse fato só produzirá efeitos no mundo jurídico se for introduzido nos autos, ou seja, dentro do mundo jurídico por uma linguagem apropriada, e esta é a linguagem das provas. Por isso que qualquer ação que se pretenda ingressar, é necessária trazer referência às provas. O que justifica para um juiz - que não teve contato com determinada realidade - que aquele fato realmente aconteceu é demonstração dos elementos, dentro dos autos, que fazem a conexão entre o mundo social e o mundo jurídico.

Ainda que algo esteja demonstrado na linguagem das provas, se essa prova não for regularmente produzida, isto é, com observância aos requisitos legais, ela não pode desencadear efeitos jurídicos. Isso deixar claro a separação entre o mundo do ser e o mundo do direito.

Portanto, um fato qualquer de natureza social só ingressa no mundo jurídico se vertido em linguagem apropriada, em linguagem das provas.

## 2.1 A definição do conceito de prova

No discurso científico, há sempre uma busca pela precisão dos significados das palavras que são utilizadas a fim de demonstrar um maior rigor. No entanto, é frequente que o intérprete se depare com vícios da linguagem<sup>117</sup> tais como a ambiguidade, a vagueza e a carga emotiva, as quais são quase impossíveis de serem eliminadas em sua integralidade no discurso.

<sup>116</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed., São Paulo: Noeses, 2006, p. 63.

<sup>117</sup> Ao discorrer sobre os vícios da linguagem e a suas consequências no processo interpretativo, Carlos Santiago Nino ressalta que “os problemas de interpretação das orações linguísticas estendem-se também, naturalmente, às orações mediante as quais as normas jurídicas são formuladas, embora, (...), nem sempre os juristas reconheçam

Signos como “direito”, ônus” e “prova” são símbolos<sup>118</sup> que detêm uma pluralidade de sentidos, e o cientista do direito, para reduzir a complexidade relacionada ao objeto de estudo e evitar problemas semânticos, deverá primar por uma rigorosa linguagem científica no momento de definir<sup>119</sup> o conceito dos signos e, assim atribuir seu significado.<sup>120</sup>

O vocábulo “prova” admite a formação de uma pluralidade de sentidos, de modo a ficar verificada a problemática da ambiguidade que permeia tal signo. No presente trabalho, aliás, a prova será analisada em sua juridicidade cuja característica é a sua construção realizada dentro do sistema do direito positivo, conforme as regras estabelecidas por este.

Prova é oriundo do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de) cujo significado “é a demonstração, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se concluir por sua existência ou se firma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado”<sup>121</sup>, em outras palavras, um procedimento apto a estabelecer um saber, ou seja, um conhecimento válido.<sup>122</sup>

E provar, para Francesco Carnelutti, não significa demonstrar a verdade dos fatos em discussão, e sim “determinar ou fixar formalmente os mesmos fatos mediante procedimentos determinado.”<sup>123</sup>

---

isso. Em direito, ter dúvidas interpretativas sobre significado de um texto legal supõe uma falta de certeza sobre a identificação da norma com tida nesse texto; ou, o que dá na mesma, implica indeterminação das soluções normativas que a ordem jurídica estipulou para certos casos. (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. 1 ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 307)

<sup>118</sup> Tárek Moysés Moussallem destaca que “as palavras são símbolos (convencionais ou arbitrários) que representam algo no mundo físico ou imaginário. De certa maneira, os homens as utilizam para, por assim dizer, “cortar” o mundo em pedaços e reduzir as complexidades na realidade. (...) A relação palavra – realidade é denominada significado.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. In: *Lógica e direito*. 1ed., São Paulo: Noeses, 2016, p. 252)

<sup>119</sup> Guibourg, Guigliani e Guarinoni explanam que definir uma palavra é indicar o seu significado, tal qual se verifica em relação ao dicionário. Com isso, deve ficar claro que definir é afeto às palavras, sendo definições verbais, por comunicarem o significado de uma palavra a partir de outras palavras. O referido autor ensina que as coisas, o mundo físico, não se definem, mas são apenas passíveis de observação, de descrição, mas não de definição, haja vista que definem-se as palavras. Desse modo, pode-se estabelecer a fórmula da definição a partir de dois elementos: o *definiendum* e o *definiens*, que, respectivamente, indicam a palavra que se pretende definir; e a enunciação do significado. (GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 53-55)

<sup>120</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. In: *Lógica e direito*. 1ed., São Paulo: Noeses, 2016, p. 252.

<sup>121</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 3, p. 491.

<sup>122</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 805.

<sup>123</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 4 ed. Campinas: Bookseller: 2005, p. 73.

Enrico Liebman, por sua vez, define prova como “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e, em razão disso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”.<sup>124</sup>

Segundo Michele Taruffo, o ponto fundamental para demonstrar o conceito de prova é a determinação de uma inferência segundo a qual um fato pode constituir um elemento de confirmação racional de uma afirmação sobre determinado fato.<sup>125</sup>

Visualizando a prova como influenciadora na formação do convencimento do juiz sobre os fatos, Joan Pico I Junoy enfatiza que “la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso.”<sup>126</sup>

Por outro lado, numa perspectiva dialética e norteado no método argumentativo, Luiz Guilherme Marinoni<sup>127</sup> e Sérgio Cruz Arenhardt definem a prova como um meio retórico, regido pelos parâmetros do direito e pelos critérios racionais, que visa convencer o Estado-juiz da validade das proposições apresentadas no processo

Percebe-se dos significados apresentados, uma diversidade de sentidos do signo “prova”. Em que pese tais definições, a prova, em conformidade com as premissas fixadas no presente trabalho, “é a linguagem escolhida pelo direito que não vai apenas dizer que um evento ocorreu, mas atuar na própria construção do fato jurídico”<sup>128</sup>, sempre buscando a verdade por meio da relação entre as versões revestidas em linguagem no processo, de maneira a buscar a formação do convencimento do juiz.

Nesse sentido, o lançamento tributário, por exemplo, apenas será provado a partir do momento em que for exposto o fato certificando a veracidade ou falsidade contida na hipótese, já que é necessário fixar a relação de implicação entre o documento e o fato que quer provar, com o fito de formar o convencimento do julgador.

---

<sup>124</sup> Segundo Liebman: “Si chimano prove i mezzi che servono a dar ela conoscenza di un fato e perciò a fornir la dimostrazione e a formare la convinzione della verità del fato medesimo”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7 ed., Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 295-296)

<sup>125</sup> TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 328.

<sup>126</sup> PICÓ Y JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996, p. 18-19.

<sup>127</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHARDT, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 72.

<sup>128</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 88.

Portanto, considera-se prova como enunciado linguístico que servirá de instrumento para a constituição do fato jurídico tributário,<sup>129</sup> sendo construído em conformidade com as regras do sistema do direito positivo. Isso propiciará a conexão entre o evento e o fato ao enquadrar este à norma por meio da emissão da norma individual e concreta que materializa o processo de positivação.

O intuito do estudo, nesse aspecto, não é dissecar em sua integralidade sobre o conceito da prova, e sim fazer a compreensão acerca das noções gerais das provas com o escopo de, ao ser aplicado ao objeto da dissertação, expor que os lançamentos tributários que embasam a certidão de dívida ativa devem estar fundado pelo fato que ocorreu de modo efetivo.

## **2.2 Análise dos elementos da prova**

Sabe-se que para obter uma estabilidade, deve o direito assegurar a existência de um método de cotejo entre os fatos alegados e os enunciados prescritivos, de maneira que a mera alegação desprovida de prova é inadmissível. Uma simples linguagem que afirme a ocorrência de um evento não pode se constituir como uma condição bastante para permitir a incidência de uma norma, indispensável a linguagem das provas para confirmar os fatos alegados. A relação entre as linguagens é necessária para a construção da verdade.

Nessa linha, o sistema jurídico deve buscar conhecer e delimitar a realidade fenomênica, de modo a eleger o procedimento pelo qual seus elementos linguísticos serão constituídos.<sup>130</sup> Incumbirá ao direito, por meio de linguagem competente, decidir se o fato ocorreu ou não, de acordo com as regras que lhe são inerentes. Assim, construído estará o fato jurídico.

### **2.2.1 Sujeitos competentes para a produção do enunciado probatório**

As provas, além de estarem submetidas a um método, estão sujeitas às regras de criação, introdução, alteração e retirada das normas do sistema. E tendo em vista que cada meio de prova

---

<sup>129</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 84.

<sup>130</sup> ROBLES MORCHON, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*, p. 13.

exige um procedimento próprio de produção (agente competente, procedimento, espaço e tempo), a prova só será verificada se o enunciado for produzido conforme as regras contidas no sistema<sup>131</sup>, o que evidencia o direito regulando o que nele pode ingressar.

Na dinâmica probatória, dentro de um sistema comunicacional, compete às partes, como emissores, afirmar os fatos, confirmar estes por meio da linguagem das provas, e objetar as alegações feitas pela parte adversa. Por outro lado, o juiz, também como sujeito competente, caberá decidir a partir de um processo interpretativo dos fatos alegados e das provas juntadas com aplicação do direito ao caso concreto depois de realizada a relação entre as linguagens juntadas, de maneira a transparecer a verdade por coerência.

Observa-se que a produção do enunciado probatório é feita por sujeito competente que possa fazer a introdução de uma norma individual e concreta que constitua o fato jurídico. Nesse sentido, tanto aquele que integra a relação jurídica, quanto aquele que tiver conhecimento técnico ou conhecimento dos fatos que pretenda provar será sujeito competente para a produção probatória.

No que concerne ao receptor (juiz), este também é necessário para a produção da prova, já que sem ele o conflito não será decidido, isto é, não teria a quem convencer. A propósito, o art. 371 do CPC dispõe que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” Vê-se do dispositivo, o prestígio à persuasão racional e a devida fundamentação na apreciação da prova, sendo vedado ao juiz fazer uma apreciação arbitrária<sup>132</sup>.

Condizente a isso, em busca na formação integral da convicção do juiz para o provimento de uma tutela efetiva e adequada, está o teor do art. 370, bem como do seu parágrafo único os quais aduzem, respectivamente: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”; “O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

Portanto, fica compreendido, nesse caso mencionado, uma excepcional situação em que o juiz considera como insuficientes as proposições probatórias existente capaz de formar a sua convicção.

---

<sup>131</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 557.

<sup>132</sup> COSTA, Guilherme Racena. Livre convencimento e standards da prova. In: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 363.

## 2.2.2 Atividade de enunciação como fonte da prova

O signo fonte é entendido pelos utentes da linguagem que habitam o universo jurídico como algo que remete à origem, ao foco criador do “direito”.<sup>133</sup> Com efeito, considerando a prova como norma jurídica em sentido amplo, pode-se concluir que fonte da prova é fonte do próprio direito, o qual, conforme o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho<sup>134</sup>, são os “focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por essas entidades, tendo em vista a criação de normas.”

Logo, a fonte das provas é a enunciação que, segundo José Luiz Fiorin é o “ato de produzir enunciados, que são as realizações linguísticas concretas”<sup>135</sup>. Nessa linha de raciocínio, a origem da prova é atrelada à atividade do ser humano que produz o enunciado. À medida que o sujeito competente produz atos de fala, estes traduzidos como decisões, consequências jurídicas serão verificadas no caso concreto.

A enunciação da prova, portanto, é um acontecimento no mundo fenomênico que antecede o enunciado prescritivo, de modo a ser regulada depois que o produto formado adentrar no sistema do direito positivo. Ou seja, refere-se à ação de provar, no sentido de uma produção ordenado de atos de fala<sup>136</sup> a fim de demonstrar a ocorrência ou não do evento descrito no enunciado.

## 2.2.3 Do objeto da prova

Os fatos alegados pelas partes, concernentes aos eventos que se esvaíram no tempo e no espaço revestidos em linguagem jurídica, compõem o objeto da prova. Neste há as alegações que se quer ou precisa provar, isto é, critérios do antecedente e do consequente das normas individuais

---

<sup>133</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed.. São Paulo: Noeses, 2006, p. 105.

<sup>134</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

<sup>135</sup> FIORIN, José Luiz. A linguagem em uso. In: *Introdução à linguística*. São Paulo: Contexto, 2015, p. 167.

<sup>136</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 94.

e concretas, de forma a determiná-los. Por essa razão, percebe-se a inviabilidade de obter a verdade dos fatos em sua integralidade.

Nesse panorama, caberá ao juiz decidir se o fato efetivamente existiu e se é verdadeiro ou falso, dando a decisão sempre embasado no conjunto probatório dentro do texto e contexto presentes. Percebe-se que a verdade será posta pelo ordenamento jurídico depois de provado a veracidade do fato discutido no processo.

Ocorre que há questões que afligem o contribuinte/responsável em relação à produção de prova negativa. Esta é um enunciado probatório negativo que pode ser considerado uma proposição que afirma a inocorrência ou a inexistência do fato probando<sup>137</sup>.

Em processos tributários, de modo contumaz, muitos contribuintes/responsáveis deparam-se com a problemática de produzir uma prova de que não cometeu nenhum dos ilícitos tributários visualizados no antecedente da norma individual e concreta. Por vezes, tais hipóteses desdobram-se em uma prova impossível, de maneira que esta será objeto de análise no último capítulo do trabalho, momento em que será detalhado as hipóteses da distribuição dinâmica do ônus prova.

Ligado de forma imanente ao objeto, está o conteúdo da prova. Este diz respeito ao que foi efetivamente provado traduzindo em um fato controvertido e relevante, isto é, o conteúdo corresponde ao fato provado.<sup>138</sup>

Assim, uma prova em que a enunciação respeite os dispositivos legais e observe as exigências dos aspectos formais, no entanto não traz dentro do seu conteúdo (enunciado-enunciado) a comprovação da ocorrência do evento discutido, não será considerada prova no sentido de formar a convicção do juiz.

Desse modo, a exigência de um conhecimento profundo da prova do conteúdo da prova não exige apenas a adequação do produto dos atos de fala às exigências formais.

#### **2.2.4 Finalidade da prova**

---

<sup>137</sup> Terminologia usada por alguns processualistas, entre eles, Fredie Didier Jr, para se referir ao objeto da prova (DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 2, p. 63.)

<sup>138</sup> TOMÉ, Fabiane Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 213.



Quanto à finalidade da prova, esta visa evidenciar a existência ou a inexistência dos fatos alegados pelas partes. Ela não pode ser caracterizada como um fim em si mesma, mas sim um meio para construir a verdade no processo<sup>139</sup>. Em razão disso, ainda que haja função persuasiva<sup>140</sup>, há a incumbência de convencer o juiz almeja atingir determinada finalidade, voltada à constituição ou desconstituição do fato jurídico em sentido estrito<sup>141</sup>.

A propósito, no antecedente da norma individual e concreta está inserido o fato jurídico em sentido estrito. Não é por essa razão que Paulo de Barros Carvalho adverte tais fatos jurídicos são “enunciados proferidos na linguagem competente do direito positivo, articulados em consonância com a teoria das provas”<sup>142</sup>, daí prossegue destacando “que quem quiser relatar com precisão os fatos jurídicos, nomeando a ele efeitos, que use a teoria da provas, responsável pelo estilo competente para referência aos acontecimentos do mundo do direito.”<sup>143</sup>

A constituição do fato ocorre quando o enunciado denotativo é inserido como norma válida no sistema jurídico. Em outras palavras, é a linguagem do direito positivo, incidindo sobre a linguagem social a fim de, verificando a ocorrência do evento, transformá-lo de fato social em fato jurídico por meio da linguagem jurídica.

No entanto, para que haja o ingresso de forma válida em conjunto com a alegação exposta, objeto da prova, devem ser expostos os enunciados probatórios que confirmem a referida alegação, ou seja, o conteúdo da prova.

Em relação à constituição da relação jurídica, vista no consequente da norma individual e concreta, encontra-se a relação oriunda da vinculação de implicação deôntica de um fato, que está descrito no antecedente do enunciado, e um prescritor individual e concreto. Nota-se a

<sup>139</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 219.

<sup>140</sup> Michele Taruffo ensina que embora a prova tenha a função persuasiva, a função retórica está intrinsecamente ligada à persuasão para a formação da convicção do juiz: “La idea de que la prueba sirve para persuadir al juez de que los hechos de la causa se han producido de un cierta forma es un lugar común que parece ter algún fundamento (...) Por outra parte, resul innegable que factores persuasivos o retóricos existen en la asunción de las pruebas, en juicio.” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 350).

<sup>141</sup> Por uma outra ótica, Fredie Didier Jr. explica que a finalidade da prova, além formar a convicção do juiz, tem também “por finalidade permitir que as próprias partes se convençam (i) de que efetivamente são titulares das situações jurídicas que, em princípio, pensam ter e (ii) da demonstrabilidade em juízo das alegações de fato subjacentes a tais situações jurídicas. Podemos dizer, inclusive, que, antes mesmo de convencer o juízo, as próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em juízo. E aí entra a importância da prova como meio para alcançar o convencimento das partes e como forma de determinação da conduta processual ou extraprocessual desses sujeitos parciais.” (DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual*. 12 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, v. 2, p. 61.)

<sup>142</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147.

<sup>143</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 147.

determinação do consequente da norma geral e abstrata após a incidência. A relação intranormativa nascerá no momento em que a norma individual e concreta, cuja produção foi feita por um agente competente, ingressa no sistema do direito positivo.

Nesse sentido, os elementos da relação jurídica constituída, tais como os sujeitos, o objeto, o direito subjetivo do sujeito ativo e o dever jurídico do sujeito passivo estão sujeitos às provas, e, paralelo a isso, apoiam-se na finalidade destas.

### 2.3 Cognição do juiz sob a ótica da linguagem

Sob a perspectiva do processo civil, a cognição pode ser entendida como o ato de inteligência, “consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo.”<sup>144</sup> Tal caráter lógico da cognição é embasado no ensinamento de Giuseppe Chiovenda<sup>145</sup> o qual expõe que a atividade do juiz é reduzida a um método de silogismo de adequação entre a regra jurídica abstrata e os fatos apresentados pelas partes para, em seguida, fixar a conclusão.

Delineada, de modo breve, a cognição no processo, sabe-se que toda técnica processual se constitui em um meio criado para tornar o processo efetivo e apto a atingir seus escopos, de maneira a fazer com que a cognição seja estabelecida sobre o objeto litigioso e o mérito da causa.<sup>146</sup> Assim, nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque interessa à cognição “garantir seja a tutela jurisdicional, na medida do possível, resposta idêntica à atuação espontânea da regra de direito material, quer do ponto de vista da justiça da decisão, quer pelo ângulo da tempestividade.”<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

<sup>145</sup> “Antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta de lei, de que se cogita. Essas atividades intelectuais, instrumento da atuação da vontade da lei mediante verificação, constituem a cognição do juiz.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 217-218.)

<sup>146</sup> WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

<sup>147</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 77-78.

Com efeito, a cognição judicial, que tem por objeto as questões levadas aos autos, preza por um procedimento estruturado em contraditório nos moldes do modelo cooperativo fixado pelas normas fundamentais do Código de Processo Civil.<sup>148</sup>

A doutrina processualista, com fins analítico, ensina que a cognição no processo civil é concebida por meio dos planos vertical e horizontal. Este condiz com a amplitude ou extensão de conhecimento do juiz, ao passo que aquele refere-se à profundidade ou intensidade de tal atividade.

No plano horizontal, a cognição pode ser classificada em plena ou limitada (parcial) conforme a extensão que permitir. Já no plano vertical, a cognição será sumária, isto é, incompleta, ou, em sentido contrário, exauriente (completa).<sup>149</sup>

No plano vertical, a cognição admite a maior escala de amplitude do conhecimento do juiz, em outras palavras, toda a extensão dos fatos do conflito de interesses das partes. Aqui todas as problemáticas podem ser objeto de cognição judicial, seja no aspecto material, seja no aspecto processual, de modo que a cognição plena permite as técnicas de cognição sumária e exauriente. Nesta é notado que o magistrado, diante de uma aprofundada instrução probatória, se utiliza de todos os meios investigatórios a seu favor para ter um amplo conhecimento do objeto litigioso<sup>150</sup> e, assim, forma sua convicção ao final da lide. Já na sumária (superficial), ao contrário, há um menor aprofundamento, há uma investigação limitada<sup>151</sup>, em que é averiguada um juízo de probabilidade do direito invocado e não estabelece a solução definitiva da lide.

Já no plano horizontal, são retidas tão somente algumas matérias de conhecimento do juiz e este fica impossibilitado de conhecer certas matérias que irão constituir conteúdo de outra demanda. Nesse plano, a cognição pode ser total no sentido de não haver limitação de questões que possam ser alegadas pelas partes, ou a cognição pode ser parcial quando é observado que há um limite das questões que podem ser enfrentadas<sup>152</sup>. A cognição parcial é visualizada, haja vista, nos procedimentos especiais ao haver o estabelecimento do objeto litigioso.

---

<sup>148</sup> DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, v. 1, p. 489.

<sup>149</sup> WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

<sup>150</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, 17 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, v. 2 p. 56.

<sup>151</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, 17 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, v. 2 p. 56.

<sup>152</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, 17 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018, v. 2, p. 57.

Nota-se, nesse aspecto, a importância de analisar o alcance daquilo que é cognoscível, de forma a mostrar a relevância da demarcação dos fatos controvertidos, possibilitando uma melhor instrução probatória.

Não obstante a construção doutrinária acerca dos planos da cognição, pela ótica linguística o ponto relevante está na linguagem e enunciados desenvolvidos em determinado caso concreto.

Observa-se que a atividade judicial desenvolvida na técnica da cognição é concretizada no processo de interpretação visualizado no “percurso gerativo de sentido”<sup>153</sup>, haja vista no julgamento de uma ação depois de esgotada a produção probatória. A submissão dos diversos suportes físicos, textos, aos subsistemas para construção da norma ao caso concreto e sua consequente aplicação pelo juiz, é atividade intrínseca a este.

Variadas linguagens dos fatos sociais revestidos em linguagem jurídica, das linguagens dos textos jurídicos e, sobretudo, da linguagem das provas ficam expostas no trânsito do processo judicial, e é nesse plano que a cognição se aplica. Dessa forma, compreende-se que a cognição judicial é traduzida em um processo interpretativo das linguagens dispostas ao magistrado do caso concreto, o que possibilita inferir que o aplicador do direito possui a linguagem como instrumento para averiguar a ocorrência do evento após o devido relato, e para conhecer tal evento, o faz por meio da interpretação.<sup>154</sup>

A cognição faz a percepção dos elementos que estão no ambiente da interpretação da constituição dos fatos jurídicos. Em razão disso, os planos da cognição demonstrados anteriormente ocorrem tendo em vista a racionalidade do elemento da limitação da linguagem das provas ou do fato jurídico. A propósito, Aurora Tomazini de Carvalho ensina que a linguagem das provas “é o modo pelo qual os fatos (alegados) do mundo social sustentam-se juridicamente, sendo passíveis de serem juridicizados, para constituírem numa realidade do sistema”<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 184.

<sup>154</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o Constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 18.

<sup>155</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 487.

O uso dos planos da linguagem<sup>156</sup>, percurso gerativo de sentido, viabiliza a construção do sentido da linguagem dos fatos e da norma a ser aplicada no caso concreto, conforme ensinamentos do Paulo de Barros Carvalho.

Nesse aspecto, no plano da literalidade (S1) o magistrado se defrontará com os textos, por exemplo, a petição inicial e a provas juntadas. Os símbolos colocados na linguagem destas serão decodificados pelo magistrado. Em seguida, o juiz irá construir o sentido de cada documento de forma isolada, ou seja, começa criar a realidade dentro de si, extraindo o que tais textos visam exprimir, eis o plano das proposições (S2); ato contínuo, ao determinar as relações entre a linguagem dos fatos alegados e a linguagem das provas, o juiz fixa os elementos probatórios que provocam a autenticidade de determinado fato depois de compreender a mensagem e de identificar os valores eleitos, o estágio dessa interpretação é encontrado no plano das normas jurídicas (S3) onde haverá a construção do sentido deôntico ao associar a proposição-hipótese e a proposição-consequente. Por fim, no plano da organização das normas construídas (S4) o juiz apreciará as provas constantes na petição inicial, sistematizando a realidade criada por meio de sua interpretação, indicando “dentre todos os fatos, aqueles que lhe parecem convincentes e os que deve abandonar a para a construção do fato jurídico.”<sup>157</sup>

O juiz, portanto, numa linguagem metafórica, dá vida aos textos colocados nos autos, de maneira a criar um texto fixando a realidade dos fatos. Essa atividade de interpretação é oriunda de um diálogo entre os textos apresentados pelas partes, a linguagem das provas produzidas, os fatos alegados e os textos prescritivos das normas invocadas, bem como daquelas que foram consideradas pelo magistrado de forma efetiva.

Frise-se, é totalmente possível que a decisão do juiz oriunda de tal percurso de construção do sentido possa transitar novamente pelos referidos subsistemas a partir da participação da parte adversa com a entrada de novas versões e documentos, de forma a chegar a uma nova linguagem constituída depois da instrução probatória.

Fica reiterado que a suficiência de provas é o elemento primordial para a aferição da compreensão do caso concreto a fim de dar suporte jurídico a ocorrência de certo fato, ou seja, “feita a apreciação probatória, compete ao julgador concluir, mediante raciocínio, acerca da

---

<sup>156</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109.

<sup>157</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 487.

veracidade ou falsidade dos fatos afirmados pelas partes, constituindo fato jurídico em sentido estrito”.<sup>158</sup>

Conclui-se que o juiz, ao agir como intérprete, constrói a norma no momento de proferir cada decisão, sendo que esta é construída em consonância com o percurso nos planos da linguagem que permitem a geração de sentido aos textos disponíveis ao magistrado, que, logo após, procederá com a aplicação direito.

Portanto, extrai-se que os limites da cognição no processo civil estão sujeitos, decerto, ao cerco da linguagem.

## 2.4 Análise dos critérios de valoração das provas

No que concerne à valoração da prova, o enunciado do artigo 371 do CPC/2015 aduz que o “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Ao apreciar a prova, é dever do juiz fornecer a motivação adequada acerca das razões do seu convencimento, demonstrando suas conclusões oriundas de sua interpretação sobre o conjunto probatório apresentado<sup>159</sup>, de maneira que, caso proceda de forma contrária, poderá repercutir negativamente sobre o contraditório, uma vez que as partes não poderão constatar se as provas foram analisadas de forma minuciosa.

Ao valorar as provas, o juiz, com a finalidade de fundamentar e de fazer o controle intersubjetivo da decisão, deverá demonstrar todo o “raciocínio probatório” para chegar à conclusão da prova da hipótese vencedora.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 327.

<sup>159</sup> Importante é a lição de Jordi Ferrer Beltrán acerca do dever de motivação do juiz ao valorar a prova: “(...) la concepción racionalista supone la exigencia de una detallada motivación no es ya una explicación sino una justificación em sentido estricto. No importa, pues, el *iter* psicológico del juez que lo llevó a la decisión, sus creencias o prejuicios; la motivación debe basarse en las pruebas que justifican su decisión. Es un razonamiento fundado en los elementos de juicio disponibles em el processo que permitan corroborar de forma suficiente la hipótesis aceptada como probada.” (FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 65-66.)

<sup>160</sup> RAMOS, Vitor Ramos. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: *Direito probatório (Coleção Grandes Temas do Novo CPC)*, 2 ed, Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 131.

Após a análise do resultado da atividade probatória, cabe ao juiz iniciar a avaliação da prova para formar a convicção do fato probando. Tal análise está atrelada aos critérios de avaliação das provas<sup>161</sup> os quais são: o sistema de provas legais ou tarifárias; o do livre convencimento e o da persuasão racional.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o sistema da prova legal “é a ordem processual em que preponderem regras de valoração da prova estabelecidas pela lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, em cada caso que julga”<sup>162</sup>. Desse modo, o juiz apenas faz a constatação da prova e aplica o valor estabelecido por lei. O Código de Processo Civil/2015, aliás, não condiz com tal raciocínio, embora tenham artigos dentro do ordenamento jurídico brasileiro que faz o uso da prova tarifada, haja vista o artigo 108<sup>163</sup> do Código Civil.

A técnica da prova legal, assim, volta-se para a produção de regras gerais e abstratas que prefixam o valor que se deve atribuir a cada tipo de prova.<sup>164</sup> O julgador, segundo Ovídio Batista<sup>165</sup>, “deverá decidir rigorosamente com base no que foi alegado e provado pelas partes (*secundum allegata et probata iudicare debet*), embora, segundo sua convicção pessoal, aquilo que fora alegado e provado não corresponda à verdade.” Dadas tais características, infere-se que tal sistema inibe a função do julgador de ser o intérprete dos fatos apresentados pelas partes.

O critério do livre convencimento, por sua vez, possibilita uma integral liberdade ao julgador para a formação do seu convencimento, de modo a permiti-lo a apreciar de forma livre o conjunto probatório levado aos autos, até mesmo contra elas.

---

<sup>161</sup> Danilo Knijnik ressalta a importância dos *standards* para o Direito: “o emprego de modelos de constatação ou standards permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisoriais importantes (p. ex., o optar o juiz por um indício a outro, o entender subjetivamente insuficiente a prova produzida, o pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência etc.), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma discussão crítica. (...) Essa “visão procedimental” (..) oferece, dentre outras vantagens, o estabelecimento de pontos de encontro, viabilizando o discurso leal, aberto, franco, ensejando o pluralismo de ideias, convidando à síntese racionalizável. Nesse contexto, os *standards* podem colaborar na denúncia de desvios lógico-inferenciais, no sentido de indiciar a ocorrência de erros, subjetivismos, arbitrariedades, a partir do exame lógico do “como”, do “por que meios”, do “por que maneira” etc., atingiu-se uma certa convicção”. (KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 353, p. 29)

<sup>162</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 102.

<sup>163</sup> Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

<sup>164</sup> “La técnica de la prueba legal consisten en la producción de reglas que predeterminan, de forma general i abstracta, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 387.)

<sup>165</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Teoria geral do processo*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 305.

Tal critério, no entanto, traduz a possibilidade de uma discricionariedade incontrolada<sup>166</sup> ao possibilitar o uso subjetivismo por parte do juiz. Trata-se, dessa forma, de um “sistema de convencimento moral íntimo”<sup>167</sup> apto a acarretar a insegurança jurídica, indo de encontro com o Estado Democrático de Direito.

Por fim, no critério da persuasão racional, estampada no enunciado do artigo 371 do CPC/2015 o magistrado deverá apreciar os fatos e as provas trazidas aos autos e, em seguida, proferir decisão devidamente fundamentada e motivada. Em outras palavras, tal critério visa ter uma decisão justificada de modo racional possibilitando, outrossim, controlar a racionalidade dessa justificativa<sup>168</sup> pelo juiz o qual demonstrará os elementos da prova que formaram a sua convicção. Dessa forma, o magistrado fica adstrito às provas dos autos.

Mais uma vez, se mostram relevantes os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco<sup>169</sup>:

O convencimento do juiz precisa ser motivado, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos. Aos leitores de suas decisões (partes, órgãos judiciários superiores, opinião pública) o juiz é devedor da explicação dos porquês de suas conclusões, inclusive quanto aos fatos (...). Ele tem o dever de desenvolver, na motivação das decisões, o *iter* de raciocínio que, à luz dos autos, o leva a concluir que tal fato aconteceu ou não, que tal situação existe ou deixa de existir, que os fatos se deram de determinado modo e não de outro, que dado bem, serviço ou dano tem tal valor e não mais nem menos etc.

Ademais, a persuasão racional, estava prevista no artigo 131 do CPC/73, que estabelecia que: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Esse sistema de apreciação de provas permite, portanto, que o julgador proceda livremente à valoração das provas constantes nos autos, desde que o faça de maneira motivada.

No tocante à supressão da palavra “livremente” do artigo 371 do CPC/15, antes prevista no artigo 131 do CPC/73, podemos afirmar que resulta da busca por standards de controle da

---

<sup>166</sup> Nesse raciocínio, Michele Taruffo critica a liberdade de convicção do juiz, visto que esta “resulta entonces sinónima de discrecionalidad incontrolada, y falta de critério racionales abre el camino al subjetivismo de la intuición irracional como instrumento para la formulación del juicio de hecho. En consecuencia, la valoración de las pruebas es sustraída al dominio de cualquier racionalidade, lógica, científica o de sentido común, y se sitúa en um espacio ideal en el que el único critério de juicio es la falta de criterios.” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 398.)

<sup>167</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 104.

<sup>168</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual*. 12 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, v. 2, p. 119.

<sup>169</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. v. 3, São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 107.



valoração das provas pelo juiz, com o objetivo de reduzir a subjetividade da atuação judicial<sup>170</sup> e de propiciar a participação efetiva das partes na formação da decisão proferida e, assim, racionalizar o discurso jurídico.

Portanto, dentro do critério da persuasão racional, o intérprete, aplicador do direito, estará livre para fazer a decisão conforme o seu convencimento, entretanto deverá estar vinculado ao conjunto de provas que consta nos autos do processo. Isto é, o juiz ficará atrelado aos fatos alegados e provados, de forma a decidir motivadamente com suporte nas provas colocadas, podendo ponderá-las conforme sua livre convicção.

### 3 ÔNUS DA PROVA E AS PRESUNÇÕES

#### 3.1 Distinção entre ônus e obrigação

Conforme visto anteriormente, os vocábulos são dotados de ambiguidade, o que evidencia a inesgotabilidade de interpretação<sup>171</sup> que os signos podem ter, de modo a caber ao intérprete primar sempre pela precisão dos conceitos para deixar o discurso científico mais coerente.

Antes de proceder com a fixação do conceito de ônus da prova, necessário será expor a distinção entre ônus e obrigação a fim de estabelecer um conceito preciso de ônus. Este, a propósito, é oriundo do latim *onus* e possui o sinônimo de “carga, peso, obrigação.”<sup>172</sup>

No campo do processo, o signo “ônus” é empregado como o sinônimo de faculdade da parte em realizar um determinado ato que lhe convém com a intenção de concretizar um interesse próprio, isto é, o ônus é relação em si mesmo em que não há sujeição do onerado, ele escolhe entre satisfazer ou não ter a tutela do próprio interesse.<sup>173</sup>

<sup>170</sup> Antes da entrada do CPC/2015, Danilo Knijnik, ao analisar se a “livre convicção do juiz é livre”, destacava que na verdade “a liberdade de que se trata é uma liberdade objetiva e, não, uma liberdade subjetiva, donde fica postulada, no contexto da sua objetividade, o apelo aos referidos standards de constatação.” (KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do livre convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense.*, jan/fev 2001, v. 353, p. 33.

<sup>171</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed. São Paulo: Noeses, p. 201.

<sup>172</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 3, p. 282.

<sup>173</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, tomo IV, arts. 282 a 443, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 322. Na mesma linha de raciocínio, CARPES, Arthur Thompsen. *O ônus da prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

Hernando Devis Echandía, no mesmo sentido, leciona que o ônus é entendido como “o poder ou faculdade do sujeito para executar o ato ou adotar a conduta prevista na norma como pressuposto para obter os resultados favoráveis a ele”<sup>174</sup>, uma vez que a faculdade de agir estará intrínseca à parte onerada, de maneira a ficar à mercê tão somente de possíveis prejuízos decorrente da omissão.

A execução do ônus, consoante Leo Rosenberg, é uma ação voluntária, ou seja, uma faculdade de agir que visa ao próprio benefício da parte<sup>175</sup>, o que, percebe-se, se distancia da ideia de um dever<sup>176</sup> ou de uma obrigação.

Dessa forma, depreende-se que o ônus não traz o sentido de obrigação<sup>177</sup>, uma vez que pressupõe a existência de um direito que a ele corresponda. A obrigação, por sua vez, aponta o compromisso realizado entre duas ou mais partes implicando uma prestação, positiva ou negativa, de modo que o credor pode exigir da outra (o devedor) o objeto da prestação.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> Nas palavras de Echandía a noção de ônus é “elemento del poder o faculdade del sujeto para ejecutar e lacto o adoptar la conducta prevista em la norma como presupuesto para obtener los resultados favorables a él.” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. 3 ed. Buenos Aires: Víctor P. Zavalia, 1976, p. 405)

<sup>175</sup> Conforme expõe o mencionado autor, “las partes tratan de eludir esta consecuencia y se esfuerzan por afirmar y probar todos los hechos que necesitan ser averiguados. Pero lo hacen por ningún otro imperativo que aquel que les impone su próprio interés em triunfar” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traduzido por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, p. 49.)

<sup>176</sup> Ponte de Miranda expõe a distinção entre dever e ônus: “a diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um ativo, ao passo que (b) ônus é relação em si mesmo; não há relação entre os sujeitos.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, tomo IV, arts. 282 a 443, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 322.)

<sup>177</sup> “La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidade jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que em determinado casos la norma jurídica fija la conducta que es necessário observar, cuando um sujeto quiera conseguir um resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necessário para que um fin jurídico sea alcanzado, pero, de outro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente em sentido contrario al previsto por la norma. La no observância de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a una sanción económica; y precisamente la no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a uma situación de desvantaja para el sujeto titular del interés tutelado.” (MICHELI, Gian Antonio. *La carga de prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 60-61.)

<sup>178</sup> Em meio a inesgotabilidade de sentidos das palavras, interessante notar a crítica que Pontes de Miranda faz ao signo “obrigação”: “Em sentido estrito, “obrigação” é a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação. Do lado do credor, há a pretensão; do lado do devedor a obrigação. Logo se percebem as ambiguidades que advêm de se chamar obrigação à dívida e de se deixar de distinguir do crédito exigível o não-exigível. Na verdade, o Direito da Obrigações trata de direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações, como todos os outros ramos do direito. Aludindo-se a obrigações, no sentido estrito, de que aqui falamos, corta-se ao conceito de obrigações o que é obrigação fora do direito das obrigações e diz-se obrigação o que às vezes só é dívida. (PONTES DE MIRANDA, Francisco. Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, tomo XXII, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 59-60).

A par disso, Francesco Carnelutti afirma que quando há um vínculo colocado à vontade para a subordinação de um interesse, ter-se-á uma obrigação<sup>179</sup>, de maneira a concluir que “obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar de ônus”.<sup>180</sup>

Assim, nota-se a distinção entre ônus e obrigação<sup>181</sup>, visto aquele é uma faculdade da parte de agir a qual almejará uma consequência benéfica, ainda que haja omissão no seu exercício, sendo repelidas quaisquer sanções em decorrência do não cumprimento do ônus. Obrigação, por sua vez, podendo ser entendida como dever<sup>182</sup>, refere-se ao agir da parte no interesse de um terceiro cujo cumprimento gerará a satisfação do direito subjetivo alheio, ao passo que seu descumprimento poderá ocasionar a aplicação de sanções.

### 3.2 Conceito de ônus da prova e a sua regra no ordenamento jurídico processual brasileiro

Sendo o ônus visualizado como um encargo, e não como uma obrigação, extrai-se que a parte pode confirmar, por meio da linguagem das provas, os fatos alegados, já que caberá a ela o exercício de seu comportamento.<sup>183</sup>

Ao analisar o ônus da prova como encargo, Fredie Didier Jr.<sup>184</sup> assevera:

<sup>179</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, 2 ed, São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 76.

<sup>180</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p. 119.

<sup>181</sup> Ovídio A. Baptista da Silva, em consonância com as lições de Echandía, expõe que “é necessário distinguir ônus de obrigação. A parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspetivo, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, volume I, tomo I: processo de conhecimento, 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 267.)

<sup>182</sup> Obrigação em sentido amplo é “o dever ou a necessidade, a que se está sujeito, de cumprir ou fazer alguma coisa, ou se abster dela, em virtude do que a vontade do homem é submetida a um princípio superior.” (PLÁCIDO, De Silva e. *Vocabulário jurídico*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 3, p. 268.)

<sup>183</sup> “Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, aparentemente se funda na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a inexistência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção. Entretanto, como se viu acima, a questão referente aos deveres probatórios das partes é tratada por outros dispositivos e não se confunde com a verdadeira função da regra do ônus da prova.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO; Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, v. 2, p. 271.

<sup>184</sup> DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 123.

O ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância. Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato.

Observa-se, assim, que o ônus da prova é o encargo que a lei imputa a cada parte de comprovar os fatos alegados (objeto da prova) que lhe interessam.<sup>185</sup>

Ademais, sabe-se que o ônus processual pode ser dividido em perfeito e imperfeito<sup>186</sup>. Naquele, os inevitáveis efeitos jurídicos prejudiciais são oriundos do descumprimento de determinada atividade processual, por exemplo no ônus de recorrer, já no imperfeito é visualizado o dano provável, de maneira que quando o litigante não consegue produzir a prova, tal encargo poderá ou não ser feito pelo seu adversário.

Em outras palavras, no ônus perfeito a consequência oriunda do descumprimento é necessária, enquanto que no ônus da imperfeito é notado um mero risco que, aliás, pode não se materializar<sup>187</sup>.

Percebe-se, desse modo, que quando o sujeito deixa de cumprir seu ônus de provar, ele fica atrelado às consequências jurídicas que podem ou não irem ao encontro de seu interesse. Eis, portanto, o ônus processual imperfeito o qual se adequa melhor aos ditames do ônus da prova.

O ônus da prova, como é sabido, está intrinsecamente ligado com a ideia de que quem alega deve provar. Não por acaso encontra-se a regra estática contida nos incisos do *caput* do art.

<sup>185</sup> Cândido Rangel Dinamarco leciona que “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer provas ao processo (...), ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras. (...) Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autêntico ônus, ou imperativo do próprio interesse.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3 p. 71.)

<sup>186</sup> Tal distinção dos ônus foi idealizada por Arruda Alvim o qual explicita que “Parece-nos, pois, cabível tal distinção, no sentido de que se terá ônus perfeito quando, do descumprimento de uma atividade processual, necessariamente decorrer uma consequência jurídica danosa. O indivíduo que perdeu a demanda tem o ônus de dela recorrer. Se não o fizer, fatalmente, como já se disse, consolidar-se-ão os efeitos da sentença, formando-se a coisa julgada. (...) Já o ônus será imperfeito, quando, em verdade, a consequência danosa for possível, mas não necessária. É caso, por exemplo, de a parte perder a oportunidade de provar; é possível que, a final, a prova resulte feita pelo adversário.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 502-503)

<sup>187</sup> CARPES. Arthur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 34.

373<sup>188</sup> do Código de Processo Civil fixa que – incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e, ao réu, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor (inciso II).

A partir desse enunciado prescritivo que dispõe acerca da distribuição do ônus da prova, dentro de um sistema comunicacional, haverá a formação de normas direcionadas aos receptores da mensagem jurídica, o julgador<sup>189</sup> e às partes.

O autor, credenciado pelo sistema do direito positivo, irá construir os fatos jurídicos valendo-se da linguagem das provas a fim de constituir o evento ocorrido no mundo fenomênico. Analisando normativamente, o autor exporá em sua hipótese o fato alegado confirmado pelas provas juntadas, de maneira que em seu consequente será visualizado a necessidade do fato jurídico ser constituído.

Por outro lado, o réu, em um outro discurso voltado para o órgão julgador, expedirá outro fato jurídico, também em sentido amplo, com a intenção de desconstituir o fato alegado pelo autor por meio de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo.

A linha de raciocínio, do ponto de vista normativo, será semelhante ao do autor em sua estrutura, no entanto na hipótese terá a exposição do fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor comprovado por meio de provas e em seu consequente terá a necessidade do reconhecimento da desconstituição do fato alegado pelo autor.

Reitere-se, caso haja omissão de uma das partes no exercício de seu encargo de emitir a mensagem ao receptor (juiz), poderá haver um julgamento contrário ao seu interesse.

Diante dos fatos afirmados demonstrados por meio de provas, o julgador, a partir da interpretação dos fatos (em sentido amplo) alegados pelas partes e valorando o conjunto probatório, expedirá uma norma individual e concreta solucionando o conflito e dando razão a uma das partes. Nessa norma, em seu antecedente terá o fato jurídico em sentido estrito cuja

---

<sup>188</sup> Art, 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

<sup>189</sup> Karl Engisch, fazendo uma análise no plano da lógica e correlacionando o julgador e o ônus da prova, afirma que esta refere-se a “uma injunção ao juiz sobre como ele há-de decidir sempre que não possa afirmar ou negar com segurança os factos juridicamente relevantes. Neles se exprime, portanto, uma regra jurídica segundo a qual, independentemente de o conteúdo da decisão ser ou não objectivamente justo, ao menos se determina a juridicidade (conformidade com o direito) do comportamento do juiz enquanto tal” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado, 9 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 104.)

constituição deveu-se à análise da carga probatória e em seu consequente terá a formação da relação jurídica com a atribuição de um direito subjetivo a uma parte e de um dever jurídico à parte adversa.

Ressalte-se que o Estado-juiz poderá redistribuir o ônus da prova no processo caso verifique a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de produção da prova pela parte, conforme o parágrafo 1º do art. 373<sup>190</sup>. Tal distribuição dinâmica será estudada com maior profundidade no capítulo posterior.

Analizado o enunciado prescritivo sobre a distribuição do ônus da prova, cabe a seguir analisar as funções do ônus da prova, de maneira a esmiuçar o seu aspecto subjetivo e objetivo.

### **3.3 As funções do ônus da prova**

Para fins de estudo analítico, a doutrina divide as funções do ônus da prova em subjetivo e objetivo. Neste as regras são tidas como de julgamento cuja observação é feita pelo juiz quando pretende resolver o mérito do processo, enquanto que naquele busca expor quem deverá realizar a produção da prova.

De maneira mais esmiuçada, o presente trabalho analisará tais funções chegando à conclusão, ao final, de que há a dupla função do ônus da prova, de modo a perceber que uma não subsiste a outra, conforme averiguará a seguir.

#### **3.3.1 Função subjetiva do ônus da prova**

---

<sup>190</sup> Marcelo Abelha Rodrigues faz uma crítica à regra estática do contida no art. 373 do CPC ao destacar que a regra do § 1º do art. 373 que trata da distribuição dinâmica deveria ser a prioridade no momento da distribuição do encargo de provar: “Em nosso sentir, o legislador poderia ter avançado sobre o tema e simplesmente não ter previsto nenhuma regra estática sobre a distribuição do encargo probatório, como o fez nos incisos I e II do artigo 373 do CPC, determinando que a distribuição do encargo probatório fosse dinâmico (...). A rigor, portanto, a regra especial do artigo 373, § 1º, seria prioritária em relação aos incisos I e II, pois, segundo o artigo 7º do CPC, é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício e direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, ao ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.” (ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 546)

No processo judicial, é notório que as partes visam lograr êxito de maneira a ter um resultado positivo<sup>191</sup>, sob o risco de sucumbir caso descumpram o ônus de provar.

Na ótica das partes, o ônus da prova diz respeito à necessidade dos litigantes de realizarem a produção probatória sobre os fatos alegados que embasam seus pedidos com o espoco de influenciar na formação da convicção do juiz em prol dos seus interesses.<sup>192</sup>

Infere-se daí que a função subjetiva do ônus da prova deve ser compreendida como uma atividade probatória das partes<sup>193</sup>. Segundo esse aspecto, compete a cada parte levantar os elementos probatórios capazes de provar o fato alegado para que sua pretensão seja reconhecida.

Embora haja a fixação do ônus da prova, do ponto de vista estático, para cada parte de forma prévia e abstrata, o juiz, em certas hipóteses, poderá flexibilizar a distribuição do ônus da prova entre as partes, conforme consta no enunciado do § 1 do art. 373 do CPC, com o intuito de equilibrar e aprimorar o arcabouço probatório, bem como contribuir para a constituição do seu convencimento em busca da verdade no processo. Isso realça o aspecto subjetivo do ônus ao impor as partes, em consonância com o efetivo contraditório, a conduta de trazer provas que ajudem na formação de convicção do juiz.

Tal constatação pelo julgador propiciará a distribuição dinâmica do ônus da prova cujas características serão analisadas no capítulo seguinte.

---

<sup>191</sup> “Esse pensamento é constatado por Leo Rosenberg que ensina que “(...) también el afirmar y el probar de las partes son simples presupuestos de su triunfo; el próprio interés indica a cada parte la creación de estos presupuestos. Consuientemente, la actividad afirmadora y probadora de las partes se manifiesta como emanción del interés natural que tienen en el éxito del proceso, como una necesidad práctica sin cuya satisfacción las partes perderían el proceso” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traduzido por Ernesto Krtoschin. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, p. 54.)

<sup>192</sup> Precisa é a lição de Barbosa Moreira ao expor o enfoque subjetivo do ônus da prova: “o maior interessado interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interessante naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato deveras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, sejam quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta em larga extensão com a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova in: *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74).

<sup>193</sup> CARPES. Arthur Thompson. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

Assim, por vezes, o empreendimento diligente das partes na instrução pode não ser o bastante para garantir o êxito no processo, de forma que a insuficiência do enquadramento do ônus da prova em seu aspecto subjetivo enseja o desenvolvimento da sua face objetiva<sup>194</sup> no momento em que o juiz se depara que os elementos de prova são insuficientes para formar sua convicção.

### 3.3.2 Função objetiva do ônus da prova

É sobremaneira oportuno esclarecer a relevância do cunho subjetivo do ônus da prova, porém, não menos importante, é destacar a relevância do aspecto objetivo do referido ônus. Na perspectiva objetiva, é inadmissível o juiz deixar de julgar sob o argumento de que faltam elementos de provas para formar a sua convicção acerca de certo caso concreto, de maneira a imputar uma das partes uma consequência gravosa decorrente da ineficiência das provas apresentadas.<sup>195</sup>

Embora a parte vise honrar seu encargo de provar para esclarecer as situações fáticas que dependem de prova, pode-se ter um momento em que o conjunto probatório seja insuficiente para o juiz ao decidir sobre as alegações levantadas pelas partes. Isso evidencia uma incerteza ao magistrado quanto ao julgamento de mérito atrelado aos efeitos das afirmações dos litigantes.

Defronte a isso, parte da corrente doutrinária<sup>196</sup> entende que o magistrado, no exercício da atividade jurisdicional, terá que ser norteado pela regra de distribuição do ônus da prova a fim de se certificar das alegações que não foram provadas e, desse modo, saber a quem incumbia o

<sup>194</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

<sup>195</sup> Interessar analisar que Cândido Rangel Dinamarco apresenta o percurso de sentido feito pelo juiz consistente em “(a) identificar o pedido e a categoria jurídico-material em que se apoia (direito de propriedade e a categoria jurídico-material em que se apoia (direito de propriedade, responsabilidade civil etc.); b) identificar os pressupostos de fato do direito afirmado pelo autor, segundo as normas de direito substancial pertinentes (fatos constitutivos descritos *fattispecie* legal); c) confrontar os fatos alegados com o pedido feito, para ver se em tese eles autorizam a pretensão do autor; (d) verificar a ocorrência dos fatos (*Micheli*). É nesse momento que a regra de julgamento pode ter relevância para o juiz, o que acontecerá se ainda permanecer em dúvida quanto à ocorrência dos fatos alegados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 83.)

<sup>196</sup> Leo Rosenberg acerca do caráter objetivo do ônus da prova: “La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en el caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que reca la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada (...)” (ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traduzido por Ernesto Krotoschin. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 2-3)



ônus de prova, de modo a expedir uma decisão desfavorável àquele que não cumpriu com seu ônus.

A função objetiva do ônus da prova está atrelada a uma técnica para que o magistrado dê uma solução final à demanda diante da escassez ou ausência de provas para formar seu convencimento, garantindo à prestação jurisdicional racionalidade<sup>197</sup>. Eis, portanto, a função objetiva do ônus ser entendida como regra de julgamento.

Adepto da função objetiva do ônus da prova, Pontes de Miranda<sup>198</sup> enfatizava que

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem se carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado: ao que afirmou a existência do fato jurídico (...), ou a quem contra-afirmou (...), seja o interessado, ou, na demanda o réu.

Pela leitura do excerto do jurista acima, o ônus da prova na função objetiva possibilita esmiuçar a quem terá a sucumbência na hipótese em que o conjunto probatório seja insuficiente para a formação da convicção do juiz.

Nesse sentido, a norma de distribuição do ônus da prova se aperfeiçoará como regra de julgamento, de forma a fazer com que o juiz mostre qual parte arcará com a sucumbência em razão da escassez probatória.

Portanto, vê-se que as regras de julgamento indicam ao juiz como julgar certa causa no momento que há ausência de provas de determinado tema. O caráter objetivo do ônus da prova, assim, visa estabilizar as demandas, dando uma solução ao conflito, ainda que sem a plenitude das provas.

### 3.3.3 A dupla função do ônus da prova

<sup>197</sup> MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 88.

<sup>198</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, tomo IV, arts. 282 a 443, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 346-347.

No que tange à função do ônus da prova, esta possui uma dupla perspectiva, ora direcionada ao juiz, ora à parte. Ou seja, concebe-se como característica do ônus da prova a função objetiva e a função subjetiva.

Segundo Arthur Thompsen Carpes:

A distribuição do ônus da prova exerce dupla função: a um, desempenha importante papel no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (função subjetiva); a dois, funciona como regra de julgamento, a ensejar, no caso de insuficiência de provas aptas a constatação da probabilidade prevalente, sentença contrária aos interesses da parte que não cumpriu o seu encargo (função objetiva), na medida em que é vedado ao juiz pronunciar-se pelo *non liquet*.<sup>199</sup>

Conforme expõe o referido jurista, no ônus subjetivo a análise do instituto é feita sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova. Isso já direciona para distribuição estática do caput art. 373, isto é, ao autor cabe realizar provas dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

O ônus objetivo, por sua vez, é visto como regra de julgamento a ser considerada pelo juiz no momento de proferir a decisão no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. É regra de julgamento o aspecto objetivo do ônus da prova porque haverá a formação de um juízo de convicção sobre os meios de prova ali produzidos, e o próprio magistrado chegará à conclusão que aplicando a distribuição estática e com base nas provas nos autos demonstrará como chegar ou não a uma conclusão de certo pedido inicial.

Do exposto, conclui-se pela dupla função do ônus conforme ensina Gian Antonio Micheli<sup>200</sup>, por meio de uma linguagem metafórica, ao asseverar que o ônus da prova possui tanto o caráter subjetivo, quanto o caráter objetivo, já que ambas possuem “duas faces de uma mesma moeda”:

salta a la vista evidentemente que quien se há detenido em la indagación del aspecto denominado subjetivo de la carga de la prueba, se ha limitado em sustancia al examen del poder probatorio correspondiente a las partes, pero no ha conducido siempre a fondo la investigación, en cuanto ha permanecido atraído por la otra cara de la medalla, esto es, por la denominada carga objetiva, que le indicaba las consecuencias objetivas de la instructoria, y precisamente las consecuencias de la falta de certeza em que había quedado el juez respecto de determinados hechos relevantes.

<sup>199</sup> CARPES. Arthur Thompsen. *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 40-41.

<sup>200</sup> MICHELI, Gian Antonio. *La carga de prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1961, p. 108.

Sendo assim, observa-se que o ônus da prova se destina tanto à parte quanto aos julgados em diferentes fases do processo. Na fase instrutória, é verificada a função coativa, de regra de conduta, e no momento da tutela jurisdicional, por sua vez, é constatada a regra de julgamento ao possibilitar a manifestação do conjunto probatório produzido na instrução do processo.<sup>201</sup>

### 3.4 Razões para a distribuição do ônus da prova

Analizados os conceitos de ônus da prova, bem como a dupla função desta, é indispensável que tanto o ônus, quanto a função sejam desenvolvidos de forma adequada para a atividade probatória (aspecto subjetivo) e para as consequências negativa caso haja a permanência de dúvida do juiz (aspecto objetivo).

A distribuição do ônus da prova é constituída por critérios objetivos norteados pelos interesses das partes na solução do caso concreto, ainda que haja insuficiência ou ausência de prova. A técnica de referida distribuição definirá a qual parte incumbe o ônus da prova e quem irá sofrer os efeitos pela não comprovação de certa alegação de fato.

Aliás, segundo Leo Rosenberg, iria de encontro com a segurança jurídica a hipótese em que a subjetividade do juiz pudesse estabelecer sanção à parte que não trabalhou com afinco na produção da prova, de maneira a entender, assim, que o ônus da prova sempre deve vir de modo predefinido.<sup>202</sup>

Isso não impede, entretanto, que pode haver o deslocamento do ônus da prova para outra parte a partir de outro critério, haja vista nas hipóteses de impossibilidade ou de excessiva dificuldade de produção da prova.

---

<sup>201</sup> BRASIL JR, Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. A inversão do ônus da prova e o código de processo civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, v. 283, setembro/2018, p. 257-284. Versão digital. n.p.

<sup>202</sup> Segundo Leo Rosenberg: “(...) La cuestión de saber qué parte debe soportar la consecuencia desfavorable de la falta de prueba de una afirmación de hecho importante y discutida, necesita de una contestación basada en una regla de derecho fija, abstracta. La ciencia no puede ni debe renunciar a buscar esta regla, la práctica tiene necesidad de ella y exige de la ciencia que se la procure.” ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de Ernesto Krotoschin. 2d., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956, p. 91.

Pela leitura do *caput* do art. 373, observa-se que o interesse das partes no processo oriundo de suas alegações de fato é um elemento essencial, de modo que cada parte tem o ônus de provar os fatos constitutivos da sua pretensão.

Nesse sentido, relevante expor os fundamentos<sup>203</sup> que respaldam a distribuição do ônus da prova cuja conexão de alguns elementos orientam de forma adequada a incumbência dos encargos probatórios para os litigantes. Ei-los: a lógica<sup>204</sup>, a justiça distributiva e a igualdade das partes.

Tendo em vista que o acesso à jurisdição deve estar disposto a todos, a lógica e a justiça distributiva estão presentes no sentido de que o ônus da prova deve ser dividido de modo adequado, evitando que o ônus recaia apenas a uma das partes e, assim, indo de encontro com o acesso à justiça.<sup>205</sup>

O elemento da igualdade<sup>206</sup> das partes, inclusive visualizado no conteúdo do art. 7º do Código de Processo Civil, é importante na medida em que assegura às partes a expectativa de um

---

<sup>203</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado general de la prueba judicial*. 3 ed. Buenos Aires: Victor P. Zavalia, 1976, p. 453.

<sup>204</sup> Giuseppe Chiovenda discorda no que concerne ao aspecto lógico, no entanto, reconhece a justiça distributiva e a igualdade como elementos intrínsecos: “Frequentemente, no caso concreto, sente-se a oportunidade de atribuir o ônus da prova uma das partes, enquanto seria difícil formular uma razão geral para fazê-lo. Não é possível dizer a priori que a repartição da prova seja rigorosamente lógica e justa. Pode-se, talvez, afirmar que a rigor seria justo que o autor provasse tanto a existência dos fatos constitutivos do direito, quanto a não existência dos fatos impeditivos ou extintivos. Mas essa prova seria, no mais das vezes, difícil para os fatos impeditivos, impossível para os fatos extintivos. Pretender tanto do autor equivaleria, quase sempre, a recusar-lhe, logo, a tutela jurídica. É, portanto, antes de tudo, uma razão de oportunidade que compele a repartir o ônus da prova. Mas há mais, para fazê-lo, um princípio de justiça distributiva, o princípio de igualdade das partes. No processo civil, com efeito, prevalece o princípio dispositivo (...). E, dado que, em regra, como sabemos, às partes incumbe a tarefa de preparar o material de cognição, de alegar e provar ao juiz aquilo que pretendem que ele tome em consideração; dado que o juiz, em regra, não pode ter em conta circunstâncias que não ressaltem dos autos (...) e, enfim, que (...) deve respeitar-se a igualdade das partes no processo, daí resulta que o encargo de afirmar e provar se distribui entre as partes, no sentido de deixar-se à iniciativa de cada uma delas fazer valer os fatos que ela pretende considerados pelo juiz, ou, em outros termos, que tem interesse em que sejam por ele considerados como verdadeiros.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. 2, Campinas: Bookseller, 1998, p. 448).

<sup>205</sup> Hernando Devis Echandia, influenciado pelos ensinamentos de Chiovenda e Rosenberg, atesta tais elementos: “La simple lógica no explica a quien deber corresponder la prueba, porque cuaquiera que sca la solución que se adopte puede entender un respaldo lógico (...). Empero, nos parece indudable que el principio general que dispone distribuir la carga y no impornela a una de las partes em su totalidad, sí tiene un evidente fundamento lógico. (...) creemos que el fundamento de la carga de la prueba, como norma de distribución del riesgo de la falta de certeza (segundo aspecto de la noción), se encueta en los principios de la logica, la justicia distributiva y la igualdad de la parte ante la ley y el proceso, esto es, en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada oportunidad y una guia segura para la defensa de sus derecho y de su libertad” (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado general de la prueba judicial*. 3 ed. Buenos Aires: Victor P. Zavalia, 1976, p. 453.)

<sup>206</sup> Embora o símbolo “igualdade” seja usado no Código visando os anseios de um resultado justo e adequado no processo, interessante destacar a interessante acerca de “igualdade” feita por Tárek Moysés Moussallem: “A definição do conceito de “igualdade”, dado por Aristóteles e amiúde repetido nas salas de aula é, mais ou menos, assim: “Igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Ora, tal explicação, embora pareça acalantar os anseios acadêmicos pela “justiça, igualdade, etc., afigura-se errônea pelo ponto de vista lógico-estrutural uma vez que mantém inexplicado o conceito de “igualdade”.

resultado satisfatório com a distribuição igualitária dos riscos do processo e, por conseguinte, da influência da produção de provas. Ademais, permite que tanto o autor quanto o réu possam influenciar na formação da convicção do juiz. Infere-se daí, a necessidade de haver uma equidade<sup>207</sup> no tratamento entre as partes, sendo que estas deverão ter a paridade de armas<sup>208</sup>.

Atente-se que dada a inviabilidade de o juiz não poder se negar a decidir, conforme art. 140<sup>209</sup> do Código de Processo Civil, a jurisdição deve exercer suas funções a fim de atingir seus fins buscando a efetiva tutela dos direitos.

### 3.5 Presunções no direito

O direito, necessariamente, deve refletir a realidade social com o escopo de impor-lhe efeitos jurídicos estatutando direitos e deveres correlatos para os sujeitos de direito. No entanto, em certas ocasiões, o direito fecha, em sua integralidade ou de modo parcial, a sua abertura cognitiva, de maneira a satisfazer os fatos indiciário de outros fatos, sendo estes os propagadores de efeitos.

Nesse cenário, identifica-se o instituto da presunção que pode ser compreendido como um processo lógico em que de um fato conhecido é inferido um fato desconhecido.<sup>210</sup>

---

Emprega-se cinco vezes a palavra “igual” (e suas variantes com o prefixo “des”) para definir o conceito de “igual”. Em linguagem mais simples, equivaleria a dizer assim: “igualdade = igualdade”. Por outro lado as palavras usadas para “esclarecer” a definição de “igualdade” são exatamente as mesmas que se procura definir.” (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Sobre as definições. In: *Lógica e direito*. 1ed., São Paulo: Noeses, p. 250.)

<sup>207</sup> A equidade, para Alfredo Buzaid, é um elemento que merece relevo no âmbito da regra de distribuição do ônus da prova, visto que “nasce da consideração que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhe a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a um o ônus da prova. Do autor não se poder exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito. Poderá o réu negar, mediante exceção, os pressupostos gerais dêsse estado.” (BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 57, p.128, 1 jan., 1962.). Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398/69008>>. Acesso em: 19.03.2019.

<sup>208</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, v. 1, p. 111. Ademais, destacando a ligação entre a paridade de armas e o contraditório, José Roberto dos Santos Bedaque ensina que “O contraditório é princípio lógico-formal do processo e tem a função de assegurar às partes a necessária paridade de armas, mediante o mecanismo da contraposição de teses. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 484.)

<sup>209</sup> Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

<sup>210</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed., São Paulo: Noeses, 2013, p. 966.

Sabe-se que a comprovação da existência ou inexistência de um certo evento dá-se por meio do uso de provas, as quais podem se reportar de forma objetiva ao evento ou a outro fato que, de algum modo, diz respeito ao evento probando.

Nesse sentido, designa-se indício o fato conhecido<sup>211</sup> que permite ao sujeito obter, por meio do raciocínio indutivo, o conhecimento de outro fato não conhecido de forma direta,<sup>212</sup> ou seja, é o fato provado que de certa forma alcança o conhecimento do fato probando através de um raciocínio presuntivo.

A presunção, desse modo, possui o fim de demonstrar o evento a ser vertido em fato jurídico para a aplicação do consequente tributário, sempre atuando como um redutor de incertezas. Em conformidade a isso, Alfredo Augusto Becker leciona que “presunção é o resultado do processo lógico mediante o qual do fato conhecido cuja existência é certa infere-se o fato desconhecido cuja existência é provável”.<sup>213</sup>

Ao emitir um juízo, a presunção estabelece uma causalidade a dois fatos que aparentemente possuem uma correlação. De um fato evidente, tem-se a interpretação do indício de um outro fato, não demonstrado, mas tão-somente provável. Sublinhe-se: os indícios, tidos como pressupostos para o fato presumido, devem ser acompanhados de provas<sup>214</sup>. Fica evidenciado, portanto, que as presunções operam no mundo dos fatos.

No entanto, dado que o evento se esvai no tempo e no espaço, não haverá uma verdade absoluta daquele evento revestido em linguagem no processo que se configurará o fato jurídico. Tanto a prova juntada, quanto a presunção utilizada pelo operador do direito não alcançarão a verdade em sua integralidade. Apenas o raciocínio presuntivo permitirá chegar a verdade provável da ocorrência dos fatos.

---

<sup>211</sup> Com clareza, Michele Taruffo, após analisar as três acepções que a doutrina expõe sobre o indício, entende que este faz referência ao fato conhecido “Existe, finalmente, una tercera acepción, más rigurosa y más clara, según la cual indicio hace referencia al hecho conocido o a la fuente que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar.” (TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2d. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 480.)

<sup>212</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 92.

<sup>213</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3 ed., São Paulo: Lejus, 2002, p. 508.

<sup>214</sup> “Quem invoca a presunção deve, necessariamente, demonstrar que se encontra na situação de poder invocá-la, incumbindo-lhe provar plenamente e pelos meios próprios os fatos que sirvam de base à presunção, vale dizer, os que constituam pressupostos para a aplicação desta” (ALVARO DE OLIVEIRA. Carlos Alberto. Presunções e ficções no direito probatório in: *Revista de Processo*. v. 196, junho/2011, p. 13-20. Versão digital. n.p)

Diante dessa análise inicial acerca da presunção, esta, conforme as premissas fixadas no presente trabalho, pode ser entendida como norma jurídica<sup>215</sup>, em seu sentido deôntico completo e, além disso, pode ser visualizada como meio de prova, isto é, como raciocínio lógico, que se inicia de um indício<sup>216</sup> (fato conhecido) e termina ao chegar a um fato desconhecido.

Por essa razão, pode-se dizer que a presunção pode ser vista como prova, sendo que nesta há uma consequência com verossimilhança do fato conhecido.

### 3.5.1 Espécies de presunções

No Direito, o uso das presunções é muito comum sejam elas oriundas do intérprete, sejam elas advindas dos preceitos legais. A doutrina classifica as presunções do seguinte modo: presunções *hominis* (comum) ou presunções legais.

Dada a autorreferencialidade do direito, quaisquer procedimentos e assuntos deverão estar previstos dentro do sistema do direito positivo, de maneira que as duas espécies apresentadas são advindas de previsão legal.

Ademais, destaca-se que quanto à força probatória as presunções podem ser relativas (*juris tantum*) ou absolutas (*juris et de jure*).

#### 3.5.1.1 Presunções *hominis*

Da presunção *hominis* deduz que de um fato conhecido é implicado um fato desconhecido. Segundo Florence Haret, as presunções comuns configuram um princípio de prova que diante

---

<sup>215</sup> Do ponto de vista estático, as presunções podem ser assumidas na forma de norma. E não poderia ser diferente, pois tanto o ato quanto o processo de presunção, tanto os enunciados presuntivos hipotéticos quanto aqueles outros concretos, têm caráter normativos. Presunção é norma posta em lei que tem por efeito jurídico a extensão da consequência normativa de um enunciado factual a outro. Ou seja, faz assumir um fato – conhecido e presuntivo - pelo outro - desconhecido e presumido, atribuindo as consequências ou os efeitos jurídicos deste àquele, estendendo os casos aptos a subsumirem à previsão legal. (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 476)

<sup>216</sup> “Conhecido o indício, deverá ser efetuada a operação lógica de subsunção de seu conceito, com os critérios previstos numa regra geral e abstrata, por força da qual o indício adquirirá relevância jurídica, ou seja, constituir-se-á no antecedente de um enunciado jurídico prescritivo que implicará juridicamente uma conclusão, cujo conteúdo é o fato principal.” (FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 92)

de um enunciado de difícil comprovação por meio de provas o aplicador do direito deverá fazer o uso de outros fatos.<sup>217</sup>

Embora tal presunção seja um raciocínio lógico dedutivo intrínseco ao pensamento de qualquer sujeito, tem que estar prevista no sistema do direito positivo e, de praxe, é verificada no ato de aplicação do direito.

Sob a ótica do fundamento de validade, a combinação dos enunciados do art. 369<sup>218</sup> e 371<sup>219</sup> do Código de Processo Civil são exemplos de que há a prescrição da presunção *hominis*, na medida que dispõe sobre a autorização ao juiz de fazer a livre apreciação da prova com o intuito de formar o seu convencimento. Outro exemplo, é o teor do artigo 375 do mesmo Código ao estabelecer que o juiz “aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece (...)”.

O modal deôntico visualizado na referida presunção é o “permitido”, visto que o aplicador do direito estará autorizado, caso esteja o indício provado, a presumir sobre a configuração ou não do fato probando, de forma a constituir o fato presumido.<sup>220</sup>

Portanto, o magistrado deverá usar da prudência<sup>221</sup> ao fazer a associação sobre os juízos de valor sobre os elementos de prova<sup>222</sup> e, assim, considerar a existência da presunção simples. A presunção em questão não alterará a materialidade do fato, ficando apenas atrelada à atividade do intérprete no momento de fazer a análise do conjunto probatório a partir de sua abertura cognitiva sobre a versão dos fatos.

### 3.5.1.2 Presunções legais

<sup>217</sup> HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 389.

<sup>218</sup> Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

<sup>219</sup> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

<sup>220</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4ed., São Paulo: Noeses, 2016, p. 173.

<sup>221</sup> Luigi Comoglio destaca a prudência ao usar tal presunção: “(...) presunzioni semplici – che sono lasciate alla prudenza del giudice e si traducono, di volta in volta, in una vera e propria prova per induzione, quali conseguenze da lui tratte in via inferenziale e in termini probabilistici dalla dimostrata esistenza di un fatto nuovo (o indizio) per risalire alla prova dell’esistenza (o della inesistenza) di un fatto ignorato” (COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*, 2 ed., Torino: Utet, 2004, p. 228.)

<sup>222</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 961.



As presunções legais são aquelas feitas pelo legislador que, assim como a presunção *hominis*, fixam fatos implicadores de fatos presumidos. A peculiaridade aqui é que a inferência feita pelo aplicador do direito é subentendida na própria regra contida no sistema do direito positivo.

Na presunção *hominis* quem presume é o aplicador, ao passo que na presunção legal, de certo modo, quem presume é o próprio legislador. Percebe-se que na presunção legal, o indício pode ser prova suficiente do fato jurídico.

Em consonância com o direito posto, a autoridade administrativa, por exemplo, fica dispensada de provar o fato jurídico ou a sua viabilidade de haver uma correspondência entre o evento no mundo fenomênico e o fato revestido em linguagem nos autos do processo, bastando somente provar o fato indiciário contido na hipótese da norma de presunção para haver o vínculo implicacional na norma de presunção.

Ao contrário da presunção *hominis*, aqui o modal deôntico que prevalecerá é o obrigatório, devendo o aplicador do direito entender pelo fato presumido contido no consequente da norma de presunção, desde que o fato presuntivo, ou seja, o indício fique devidamente provado.

A classe de presunções legais é ainda subdividida dois tipos: presunção absoluta e presunção relativa.

A presunção absoluta não admite prova em contrário.<sup>223</sup> Aqui o legislador não permite a produção probatória contrária ao fato que está descrito na norma geral e abstrata. A propósito, nesse caso, não há que se falar em presunção, mas sim de um regramento que impõe uma consequência em razão de um acontecimento cuja descrição está na hipótese da citada norma<sup>224</sup>.

Por outro lado, as presunções relativas admitem provas em contrário. A característica peculiar dessa presunção é que há oportunidade de demonstrar que o fato presuntivo não tem nexo causal, em outras palavras, não tem um vínculo implicacional com fato presumido.

---

<sup>223</sup> Interessante notar que pela definição de presunção de Nicola Abbagnano, a presunção sempre será relativa. O referido autor a define como “juízo antecipado e provisório, que se considera válido até prova em contrário.” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 790).

<sup>224</sup> Pontes de Miranda seguia essa linha de pensamento ao entender a presunção absoluta nem presunção legal era, uma vez que a presunção *iuris et de iure* “é o conjunto de regras jurídicas que estabelecem a existência de fato, fato jurídico, ou efeito de fato jurídico (e. g., direito), sem que se possa provar o contrário (*praesumptiones iuris et de iure*, presunções legais absolutas). (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*, tomo III, atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 541).

Ademais, o processo de interpretação das presunções relativas deve ser feito de forma restritiva, uma vez que o aplicador da norma de presunção não pode encaixar fatos conhecidos que não se encaixam nos critérios conotativos da norma com o único escopo de estabelecer uma relação jurídica.<sup>225</sup>

#### **4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO**

A sistemática da distribuição dinâmica do ônus da prova estatuída no art. 373, § 1º do CPC poderá tornar possível a evidenciação da extinção da prova diabólica nos processos tributários, de modo a recair ao Fisco o dever de provar o fato alegado pelo contribuinte, ainda que a CDA goze de presunção de liquidez e certeza, nas situações de ser inviável a produção de provas pelo sujeito passivo dadas as dificuldades de levantamento inerentes ao caso.

Exemplos de uma possível aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova são vários. Um que se destaca é a da hipótese de redirecionamento de execução fiscal ao sócio com poderes de administração sem um contraditório prévio acerca da imputação de um dos atos ilícitos do artigo 135, III, do CTN a que foi atribuído.

É muito comum a Fazenda Pública incluir o nome do sócio na Certidão de Dívida Ativa sem observar o procedimento adequado para imputar a responsabilidade tributária. Diante disso, o sócio enfrenta a dificuldade de provar que não cometeu o ato ilícito cominado em decorrência da presunção de liquidez e certeza da CDA.

Outro exemplo de viabilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova diz respeito à impossibilidade do contribuinte produzir prova de que não ocorreu o recebimento de carnê de IPTU, conforme o teor da Súmula 397 do STJ. Nela prevalece a presunção de que o mero envio do carnê do imposto municipal é suficiente para configurar a notificação do lançamento.

---

<sup>225</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. 2ed., São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 142.

Percebe-se, desse modo, que tais casos evidenciam a afronta ao exercício do contraditório e da ampla defesa, ditames dispostos na Constituição Federal, de maneira a tornar necessária a distribuição dinâmica do ônus da prova para obter uma tutela jurisdicional adequada.

Ademais, o propósito de efetividade<sup>226</sup> do direito material atrelado a possibilidade de o julgador atribuir o ônus da prova a quem tenha melhores condições de cumpri-lo trará sobremaneira benefícios ao sujeito passivo da relação jurídica tributária, na medida que evitará a exigência de produção de prova negativa impossível ou prova de onerosidade desproporcional a partir da distribuição dinâmica.

Evidencia-se, assim, a tendência do processo civil brasileiro no que concerne à noção de efetividade e valorização do resultado material<sup>227</sup> das decisões foi confirmada pelo Código de Processo Civil/2015. A inserção do dever de cooperação entre as partes, disposta no enunciado do artigo 6º<sup>228</sup> do CPC, bem como a busca de uma decisão de mérito justa e efetiva em conformidade com os enunciados dos artigos. 9º<sup>229</sup> e 10º<sup>230</sup>, refletem acerca da forma adequada de condução dos juízes nos processos envolvendo matéria tributária.

Não por acaso, os parágrafos 1º e 2º do art. 373 do Código de Processo Civil guardam inteira correspondência com as citadas normas fundamentais, de maneira a fazer com que o aplicador do direito tenha uma nova postura no que envolve a busca da formação de sua convicção acerca dos fatos jurídicos tributários trazidos aos autos do processo.

---

<sup>226</sup> Sobre a importância da efetividade para buscar a decisão mais justa no processo, Joan Picó i Junoy leciona: “(...) el carácter Social del Estado de Derecho consagrado en nuestra Constitución, así como en el deber juez de velar por la efectividad en la tutela de los intereses discutidos en el proceso para lograr, de este modo, lo que el artículo primero del citado Texto Fundamental proclama como valor superior de ordenamiento jurídico: la justicia, que constituye, sin duda alguna, el objetivo final de la función jurisdiccional.” (PICÓ I JUNOY, Joan. *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Librería Bosch, 2007, p. 119.). Ademais, destacando a importância da efetividade, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que o “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdiccional. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49)

<sup>227</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira propagava que os pronunciamentos judiciais “constituem meios, de que se serve o Estado, para prestar justiça e realizar o direito material da maneira mais adequada e efetiva, verdadeiras técnicas, que idealmente devem servir aos fins últimos do processo e à realização do direito material” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e tutela jurisdiccional*. *Revista dos Tribunais*, v. 836, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11-33. Versão digital. n.p.)

<sup>228</sup> Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>229</sup> Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

<sup>230</sup> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Sob essa nova ótica, a recorrente produção de uma prova impossível pela parte executada, não obstante a pessoa jurídica de direito público possa apresentar provas que retratam a razão do contribuinte, terá de ser extirpada, visto que não condiz com os referidos novos dispositivos do código processual.

#### 4.1 Considerações iniciais acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é uma inovação apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015 cujo escopo, em linhas gerais, é fazer com que a parte que tenha melhor condição de provar o fato a faça diante da impossibilidade ou dificuldade da parte adversa de proceder com a produção probatória.

A partir dos estudos de Jorge Walter Peyrano<sup>231</sup>, jurista argentino propagador da referida teoria, constatou-se que a distribuição estática do ônus da prova fomenta a ocorrência de resultados não efetivos<sup>232</sup>, de maneira a fazer com que uma parte que tenha uma extenuante dificuldade ou até mesmo impossibilidade de se desincumbir de tal encargo. Assim, diante de determinado caso concreto, o aplicador do direito poderá distribuir de modo dinâmico o ônus da prova assegurada inicialmente a defesa da parte adversa<sup>233</sup>.

O juiz, com a tarefa de conduzir o processo e a instrução probatória, deverá suprir possíveis deficiências na produção da prova, de maneira a exigir de uma parte a imposição de um “dever”<sup>234</sup> que não era lhe imputado anteriormente, já que essa parte pode se desincumbir de certa prova com um esforço menor que a parte adversa.

---

<sup>231</sup> Expondo as justificativas que impõem a distribuição dinâmica, Jorge W. Peyrano leciona: “La referida doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un desplazamiento de la carga probatoria (de ahí de dinámicas), justificado por la extremada dificultad probatoria de quien soportaría el ônus probandi en el marco del esquema tradicional y por la correlativa mayor facilidad probatoria del litigante que en un principio no debía probar. (PEYRANO, Jorge W. Flexibilizaciones en la carga de la prueba. *La prueba en el proceso. Evidence in the process*. 1 ed., Barcelona: Atelier Libros S.A, 2018, p. 120-121.)

<sup>232</sup> PEYRANO, Jorge W. Nuevos Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, I. L. (coord.). *Cargas Probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 24.

<sup>233</sup> Inclusive, Peyrano destaca que: “No nos oponemo, en forma alguna y aunque nos parezca sobreabundante, que econ anterioridad a la producción de la prueba el tribunal interviniente advierta a las partes que aplicará la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, em aras de evitar sorpresas que, em la hora actual, sospechamos que no son tales” (PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, *Revista de Processo*, vol. 217, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205-224. Versão digital. n.p.)

<sup>234</sup> Interessante notar que Jordi Ferrer Beltrán enxerga que a juntada por aquele que tem maior disponibilidade e facilidade de produzir a prova deve ser enxergada como uma obrigação e não como uma “inversão do ônus da prova”: “entonces la disponibilidad y la facilidad probatoria pueden ser razones para imponer obligaciones de

Eis então uma característica inata à distribuição dinâmica do ônus da prova: o dever de colaboração na instrução probatória para apurar os fatos relevantes ao processo. Tal ideia está prescrita no artigo 6º do Código de Processo Civil cujo teor impõe a cooperação do juiz com a parte.<sup>235</sup>

Nessa linha, fundado no dever de colaboração, Jordi Ferrer Beltrán defende que nem seria necessária a “inversão do ônus da prova” pelo juiz, cabendo a este apenas designar o dever da parte de aportar a prova aos autos do processo depois de analisar no caso concreto qual dos sujeitos tem acesso às provas.<sup>236</sup>

Dessa forma, o dever de colaboração e a efetividade do processo, com a técnica da distribuição dinâmica, trarão a obtenção de um resultado mais adequado a partir de possibilidade de trazer mais elementos probatórios antes inacessíveis. No Código de Processo Civil, conforme será analisado porvir, a dinamização do ônus da prova visará conformar as regras do ônus probatório às garantias constitucionais, bem como às normas fundamentais contidas no novel Código, almejando os deveres de cooperação e o direito à prova a fim de entregar uma prestação jurisdicional adequada ao direito material tutelado.<sup>237</sup>

## 4.2 Norma fundamental como princípio unificador

---

aportación de pruebas, pero no justifican la inversión de carga objetiva de la prueba”. Dessa forma, segundo o jurista espanhol, o descumprimento da obrigação, isto é, da não observância desse dever de cooperação da parte de aportar provas, acarretará a imputação de uma sanção: “podríamos pensar en la sanción de la pérdida del procedimiento, pero no ya como resultado del razonamiento probatorio en sede de valoración de la prueba, sino como sanción procesal por el incumplimiento del deber de colaboración” (FERRER BELTRAN, Jordi. La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *La prueba en el proceso. Evidence in the process*. 1 ed., Barcelona: Atelier Libros S.A, 2018, p.145-146)

<sup>235</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 70-71.

<sup>236</sup> “De acordo com Jordi Ferrer Beltrán: “Así, sin necesidad de invertir la carga objetiva de la prueba, el juez podría (a petición de parte o de oficio, en función de la regulación) imponer a una de las partes la obligación procesal de aportar determinada prueba que está a su disposición o fácilmente a su acceso. La potestad de asignar esos deberes, y no las cargas de la prueba, sería atribuida al juez, puesto que sólo en función del caso concreto puede observarse cuál de las partes dispone o tiene acceso a las pruebas.” (FERRER BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *La prueba en el proceso. Evidence in the process*. 1 ed., Barcelona: Atelier Libros S.A, 2018, p. 146.) Na mesma linha de raciocínio, Vitor de Paula Ramos expõe que “não é que as partes, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devam passar a colaborar entre si; mas sim que o juiz, autêntico buscador da verdade no processo civil do Estado Constitucional, passa a ter o poder-dever para determinar e exigir a produção das provas relevantes, tendo as partes, em geral, um correlato dever de levar a juízo as provas determinadas. Repita-se: não por força de um ônus, mas sim por força de um verdadeiro dever jurídico.” (RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 97-98)

<sup>237</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.219.

Pela leitura do enunciado do artigo 1º do Código de Processo Civil, vislumbra-se o processo “ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas fundamentais da Constituição Federal”. Nessa diretriz, o CPC/2015 sujeitou seus institutos aos ditames constitucionais, a fim de proceder com a observância dos eixos sistêmicos exigidos para uma cientificidade do Direito.

Em razão disso, foi ressaltado nos primeiros artigos do Código de Processo Civil, uma carga valorativa que visasse completar toda estrutura das disposições normativas processuais cujo fim é de haver uma reafirmação de um dinamismo hermenêutico entre a Constituição e o Código de Processo Civil.

O legislador, ao colocar os dispositivos na Parte Geral, Livro I, sob a denominação “Das Normas Processuais Cíveis, no título “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”, almejou inserir um contexto norteador à aplicação das normas processuais, tendo em vista que o teor dos enunciados dos artigos 1º ao 12 do CPC/2015 são entendidos como fundamentais ao processo.

Dessa forma, em consonância ao processo constitucional, o art. 1º traduz-se numa garantia contra qualquer norma que contrarie a Constituição Federal. A par disso, Paulo de Barros Carvalho enfatiza que “as normas jurídicas formam um sistema na medida em que se relacionam de várias maneiras, segundo um princípio unificador”<sup>238</sup>, e esta é a visão material do processo constitucionalmente garantido, na completude unificadora do ordenamento jurídico. Assim, a Constituição norteará tanto o sistema do direito positivo, como o ordenamento jurídico.

Ademais, o devido processo legal, contido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, deverá ser assegurado pelo juiz, haja vista, o direito ao efetivo contraditório, que é uma das normas fundamentais do Código de Processo Civil.

O intérprete, submetido a essa diretriz e dentro do percurso gerador de sentido, identificará o enunciado prescritivo, analisará a relação estrutural da norma processual como unidade normativa, em seguida, já no plano semântico, buscará os conteúdos significativos contidos nos símbolos, nas palavras que compõem a norma processual, e, por fim, visualizará, no plano

---

<sup>238</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 218.

pragmático, a coordenação e subordinação, sempre em observância ao domínio unificador fixado no primeiro livro do Código de Processo Civil, cujo conteúdo do art. 1º prega a integração sistêmica, conforme colocado no início.

#### 4.3 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil/2015

Com o advento do novo Código de Processo Civil, este, em seu art. 373, § 1º, prescreve a possibilidade de ter a distribuição dinâmica do ônus da prova caso haja o enquadramento do evento revestido em linguagem nas hipóteses do enunciado prescritivo. Eis o teor do citado dispositivo: “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

De tal excerto é extraído que há a implementação da distribuição dinâmica do ônus da prova, o que permite a “inversão do ônus da prova”<sup>239</sup> no decorrer do processo quando visualizado que uma das partes reúne melhores condições de realizar a produção da prova.

---

<sup>239</sup> O termo “inversão do ônus da prova” é utilizado de forma errônea por parte da doutrina quando diz respeito à distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que tal termo tem que estar previsto de forma prévia e abstrata na Lei, ao passo que na distribuição dinâmica do ônus da prova o repasse do encargo do ônus de prova para a parte adversa ocorrerá somente com o ato de aplicação do direito pelo juiz após análise do caso concreto. Nesse sentido: CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova – Exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de processo*, v. 246, agosto/2015, p. 85-111. Versão digital. n.p.; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/2015. *Revista dos tribunais*, v. 962, dezembro/2015, p. 153-170. Versão digital. n.p.; PEDRON, Flávio Quinaus; FERREIRA Isadora Costa. O ônus dinâmico da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 285, novembro/2018, p. 121-156. Versão digital. n.p.; CARPES, Artur Thompsen, *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 130-131. TOMÉ, Fabiana Del Padre. *Efetividade do direito e a “carga dinâmica probatória” prevista no Código de Processo Civil de 2015: implicações nos processos tributários*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); SOUZA, Priscila de (Org.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 396. Samuel Meira Brasil Junior, Gabriel Sardenberg Cunha e Marcelo Pacheco Machado, por sua vez, entendem que a inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica têm naturezas diferentes, no entanto ambas possuem finalidades em comum, de maneira que não podem ser confundidas: BRASIL JR, Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. A inversão do ônus da prova e o código de processo civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, v. 283, setembro/2018, p. 257-284. Versão digital. n.p.; MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 208, junho/2012, p. 295-316. Versão digital. n.p. Por fim, Luciano Picoli Gagno entende que não há uma “diferença substancial” entre os requisitos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica, de modo a entender que ambas se confundem (PICOLI, Leonardo Gagno. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou a distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*. v. 249, novembro/2015, p. 117-139. Versão digital. n.p.)

Dessa forma, Daniel Mitidiero ressalta que o órgão jurisdicional tem que, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova atribuindo o encargo a quem se encontre em melhores condições de provar.<sup>240</sup>

Nesse raciocínio, o critério de distribuição do ônus probatório deve ser aferido pelo juiz sob a perspectiva do contraditório, da igualdade e levando em consideração em cada caso os mais diversos tipos que obstruem a produção probatória.<sup>241</sup>

Ademais, o dever de cooperação apregoa que todos os sujeitos devem cooperar no processo para que se obtenha a decisão de mérito justa e efetiva. Por meio da cooperação o processo haverá de se desenvolver adequadamente, sendo conferido à parte condições reais de reagir e de influenciar o julgador.

Paralelo a isso, a cooperação exige comportamento pautado nos padrões razoáveis de conduta que levem em consideração as expectativas legítimas estabelecidas em relação aos demais sujeitos do processo. Com isso, permite o estímulo ao diálogo processual, levantando elementos seguros para a proteção dos direitos.<sup>242</sup>

O magistrado, a par disso, tem o poder-dever de impulsionar o processo devendo proferir uma decisão que busque um resultado efetivo e adequado. Concomitante a isso, ao aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova, o julgador terá de privilegiar a comunicação cristalina com as partes, de modo a valorizar a racionalidade do processo.

Analizadas as peculiaridades do caso concreto, a distribuição dinâmica do ônus da prova deverá ocorrer quando houver a identificação pelo juiz da maior facilidade de uma parte de produzir uma certa prova e a impossibilidade da outra, de maneira a flexibilizar<sup>243</sup> a regra estática do art. 373 do CPC. A cooperação, nesse sentido, assevera que a parte assuma o dever de levar aos autos os enunciados probatórios que a parte contrária não tem condições de produzir.

---

<sup>240</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136.

<sup>241</sup> ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 546.

<sup>242</sup> CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição do ônus da prova) – Exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*. v. 246, agosto/2015, p. 85-111. Versão digital. n.p.

<sup>243</sup> Nessa linha, Jorge W. Peyrano ensina a flexibilização tem que ser usada em casos excepcionais: “Debe tenerse en cuenta, por fin, que la flexibilización probatoria (em todas sus formas), es un instituto de excepción que se aplicará únicamente cuándo y como corresponde. Forma parte del llamado Derecho Procesual de excepción pensado por y para ajustar las herramientas tradicionales a las circunstancias del caso.” (PEYRANO, Jorge W. Flexibilizaciones em la carga de la prueba. *La prueba en el proceso. Evidence in the process*. 1 ed., Barcelona: Atelier Libros S.A, 2018, p. 125.)



Por conseguinte, o ativismo do magistrado, por conseguinte, é visualizado quando este cumpre seu dever de informação às partes quanto ao momento oportuno para repassar o encargo de provar alterando o cenário probatório. Sendo assim, como protagonista, o juiz atua para o descobrimento da verdade possível, a fim de buscar a efetividade no processo.<sup>244</sup>

#### 4.3.1 O efetivo contraditório como condição de validade das provas

No Código de Processo Civil, o contraditório foi realçado como norma fundamental, conforme o teor do enunciado do artigo 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelas pelo efetivo contraditório”.

Desse excerto, nota-se que o legislador visou assegurar às partes um ambiente de procedimento de exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa, de maneira a influenciar na decisão com a demonstração, haja vista, de elementos probatórios que possam formar com maior nitidez a convicção do juiz.<sup>245</sup>

Não muito antes, Ada Pellegrini Grinover ressaltava o contraditório como princípio de participação e como condição de validade das provas ao destacar que a atividade probatória é o momento central do processo, uma vez que propicia a demonstração, ainda que parcial, da verdade, o que demonstra relevante importância para o conteúdo do provimento judicial. Desse modo, o concreto exercício da ação e da defesa fica atrelado à efetiva possibilidade de se

---

<sup>244</sup> COUTO, Camilo José D’Ávila. *Ônus da prova no novo código de processo civil: dinamização – teoria e prática*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 127.

<sup>245</sup> José Carlos Barbosa Moreira levanta um ponto interessante ao correlacionar a garantia do contraditório e a atividade de instrução do juiz: “Tanto maior, conforme vem se compreende, a necessidade de assegurar às partes, nesse momento capital, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, com o fito de permitir-lhes influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível, ao mesmo tempo que uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, também – e sobretudo – uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz trará o juiz de reconstruí-los. (...) Em linha de princípio, seria pouco dizer que nenhum litigante pode ver-se repellido em razão de prova a cujo conhecimento não tivesse possibilidade de acesso; cumpre acrescentar que ao órgão judicial, na motivação *in facto* da sentença, não é dado levar em conta senão elementos probatórios colhidos segundo procedimento em que as partes hajam tido oportunidade real (e não apenas nominal!) de participar.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de direito processual*. 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65.

apresentar ao juiz a realidade do evento posto, isto é, à possibilidade de a parte se utilizar das provas.<sup>246</sup>

Some-se a isso, cumpre frisar que o contraditório se apresenta como valor-fonte do processo democrático o qual enxerga o processo como procedimento em contraditório cuja matriz substancial é a “máxima cooperação”<sup>247</sup>, e como elemento intrínseco do próprio acesso à Justiça, a garantia do contraditório, conhecido também como direito da parte, nas palavras de Antônio do Passo Cabral, de informação-reação ao denotar que os sujeitos do processo têm o direito de serem informados de todos os atos processuais e a se manifestar em relação às alegações levantadas pela outra parte antes da formação de convicção do juiz na decisão<sup>248</sup>.

Some-se a isso, João Batista Lopes<sup>249</sup> leciona que o contraditório ganhou maior vigor para compreender não apenas a informação e a reação, mas também o diálogo e a participação, de forma a destacar que a prova é um dos elementos essenciais do princípio do contraditório, já que é fundamental para a efetividade da tutela jurisdicional.

Ao correlacionar o papel do juiz e o zelo deste com o princípio do contraditório, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>250</sup>, forma precisa, ensina que:

(...) a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit cúria*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. Não se considere, aliás, rara a hipótese: são frequentes os empecilhos com que se depara o aplicador do Direito, nem sempre solucionáveis com facilidade; dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, o que colabora para empecer visão clara a respeito dos possíveis rumos do processo e de sua solução.

Nesse mesmo entendimento, em conformidade com os ensinamentos expostos acima que guardam consonância com os enunciados dos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil /2015,

<sup>246</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 19.

<sup>247</sup> ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 179.

<sup>248</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 104.

<sup>249</sup> LOPES, João Batista. *Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença*. In: JOBIM, Marco Félix, FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 51.

<sup>250</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório, in: *Revista de processo*. Vol. 71. Julho/1993, p. 31-38. Versão digital. n.p.

deve o magistrado ouvir as partes para proferir decisão buscando uma maior participação<sup>251</sup> no processo por meio de um efetivo contraditório.

Aliás, Elio Fazzalari, ao expor o contraditório como unidade basilar do processo, leciona ser este um procedimento em contraditório, de forma a realizar a verdadeira função dialética estruturante. Além disso, explica que o processo é um lugar a produzir efeitos por meio da atuação das partes em contraditório de maneira que uma não pode excluir a atividade da outra, visto que os papéis de cada sujeito de direito são reflexos o que demonstra a conexão de correspondência de poderes, deveres e a faculdades.<sup>252</sup>

Nesse aspecto, por fim, ainda sobre a importância da participação da parte no contraditório, Fredie Didier Jr<sup>253</sup> leciona que:

A garantia de participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional dá cumprimento à garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte.

Além de sua influência na formação do provimento dado pelo juiz, o contraditório, sob a ótica de procedimento do Estado Democrático de Direito, assevera a garantia de não-surpresa, que imputa ao juiz o dever de fomentar o debate acerca de todos os assuntos do processo, de maneira a impedir a aplicação de decisão sobre fatos alheios à discussão processual.

<sup>251</sup> Candido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes ensinam que o contraditório é “participação”, sendo um direito das partes e um dever do juiz exercê-lo, de forma que a “garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem faculdades no processo, senão deveres e poderes – *infra n.* 55). Essa é uma das principais tônicas dos dispositivos do novo Código de Processo Civil que tratam do contraditório, ao disporem que compete “ao juiz zelar pelo efetivo contraditório” (art. 7º) (...) A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de direção, de prova e de diálogo.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 63-64)

<sup>252</sup> Nas palavras do jurista italiano Elio Fazzalari acerca do contraditório: “Il procedimento va, infine, riguardato come una serie di facoltà, poteri, doveri: quante e quali sono le posizioni soggettive che è dato trarre dalle norme in discorso; e che risultano anch’esse, e necessariamente, collegate in modo che, ad esempio, un potere spetta ad un soggetto quando un dovere sia stato compiuto, da lui o da altri, e, a sua volta, l’esercizio di quel potere costituisca il presupposto per l’insorgere di un altro potere (o facoltà o dovere).” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 78). Em consonância a tal lição, Daniel Mitidiero ensina que: “Nessa perspectiva, coloca-se o órgão jurisdicional como um dos participantes do processo, igualmente marcado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento. Por força do contraditório, vê-se obrigado ao debate, ao diálogo no processo civil. Vê-se, portanto, na posição de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, gravado na sua condição pelos deveres de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio para com os litigantes. A propósito, por dever de esclarecimento (“*ufklarungspflicht*”) entende-se o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 68-69).

<sup>253</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, v. 1.

Nesse sentido, é evidenciado um reexame democrático normativo da cooperação em perfil participativo<sup>254</sup>, que traz com austeridade o contraditório como influência e a não-surpresa, o que garante o influxo de todos na formação das decisões e a coibição dos atos praticados com má-fé no processo<sup>255</sup>.

Feitas tais considerações, constata-se que pensar em processo democrático é pensar em processo cooperativo, conforme teor do enunciado do artigo 6º<sup>256</sup> do Código de Processo Civil /2015. Portanto, necessário o trabalho do juiz para buscar a efetividade no processo com a distribuição dinâmica ônus da prova, já que “em princípio, não há efetividade sem contraditório e ampla defesa”<sup>257</sup>.

#### 4.3.2 Momento da aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova

A definição do momento para o proferimento da decisão que distribui de modo dinâmico o ônus da prova avoca importância para o devido diálogo entre as partes a fim de obter um contraditório efetivo assegurando às partes o direito de se manifestar antes da formação da convicção definitiva do magistrado.

Antes da entrada do Código de Processo Civil/2015, tanto a corrente doutrinária quanto a corrente jurisprudencial embatiam acerca do momento adequado para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo. Ora afirmavam que deveria ser em uma decisão saneadora, ora afirmavam que deveria ser apenas na sentença.

---

<sup>254</sup> Luigi Comoglio, Corrado Ferri e Micheli Taruffo destacam a necessidade de consagrar a co-participação ou colaboração dinâmica das partes, de maneira a garantir a igualdade das partes no curso do processo a fim de garantir a igualdade de condições e poder influenciar na formação da convicção do julgador: “(...) si passa all’esigenza di consacrare forme adeguate di compartecipazione o di collaborazione dinamica dele parti nel corso dell’intero processo, talché sai sempre loro accordata, su basi paritarie, uma possibilità efetiva di influire, con le proprie attività di difesa, sulla formazione del convincimento del giudice (e, quindi, sull’iter formativo) della decisione giurisdizionale” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. vol. I, 4 ed., Bologna: Società editrice Il Mulino, 2006, p. 74.)

<sup>255</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio QUINAUD. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 60.

<sup>256</sup> Art. 6º. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>257</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

O Superior Tribunal de Justiça<sup>258</sup>, num primeiro momento, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, defendia a redistribuição do ônus da prova na sentença, isto é, no momento do julgamento, de modo a ficar atrelado tão somente ao perfil objetivo do ônus da prova. No entanto, posteriormente, fixou-se entendimento de que a técnica de dinamização do ônus da prova deveria ser até a decisão saneadora<sup>259</sup> o que viabilizaria o contraditório.

Tal posicionamento condiz com o que foi apregoadado pelo Código de Processo Civil/2015 cujas normas fundamentais fixam o respeito ao contraditório e à cooperação entre os sujeitos do processo<sup>260</sup>. Assim, tendo em vista que o magistrado deve conferir à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus a ela imputado, a distribuição dinâmica do ônus da prova ocorrerá na decisão de saneamento e organização do processo, conforme estabelecido o art. 357, III, do CPC.<sup>261</sup>

A referida norma processual possui o fito de garantir o efetivo contraditório durante a atividade instrutória antes da sentença, de forma a possibilitar que a outra parte possa refutar a alegação

---

<sup>258</sup> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR COM O OBJETIVO DE DESTRANCAR RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PERICULUM IN MORA . INEXISTÊNCIA. ART. 542, § 3º, DO CPC. - O entendimento da 3ª e 4ª Turmas do STJ é de que o recurso especial interposto contra acórdão em agravo de instrumento versando sobre a inversão do ônus da prova deve permanecer retido na origem, nos termos do § 3.º do artigo 542 do CPC. - A inversão do ônus da prova é regra de juízo e não de procedimento, sendo irrelevante a decisão em agravo de instrumento afastando a inversão do ônus probatório no curso do processo, pois é na sentença o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. - Ausência de urgência da prestação jurisdicional, apta a ensejar o destrancamento do recurso especial que versa sobre essa questão, posto que eventual erro quanto à aplicação do ônus da prova pode ser corrigido até mesmo após a decisão de mérito. Negado provimento ao agravo interno. (AgRg na MC 11.970, RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão publicada no DJe em 07.12.2006).

<sup>259</sup> EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, CAPUT E § 4º, DO CDC. 1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta. 4. Nessas hipóteses, há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (Resp nº 1.395.254/SC, 3ª Turma, Relatora Nancy Andrighi, decisão publicada no DJe em 29.11.2013).

<sup>260</sup> “Em qualquer hipótese, havendo requerimento da parte, o juiz, antes de decidir, deve conceder à parte adversa o direito ao contraditório. Como bem destaca o art. 9º do CPC/2015, em regra, não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. (MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 201)

<sup>261</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

levantada em juízo e, desse modo, exercer seu direito à prova que é, por sua vez, decorrente do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa<sup>262</sup>.

A adoção da distribuição dinâmica do ônus da prova como regra de instrução permite que a parte responsável pelo ônus da outra, em razão de ter maior facilidade de levar a prova aos autos, detenha tempo e condições de cooperar com o processo<sup>263</sup> e, assim, honrar com o ônus imputado.

Dessa forma, distribuir o ônus da prova de modo diverso sem ser dada a oportunidade de a parte se desincumbir desse ônus seria um contrassenso que iria de encontro com as normas fundamentais do Código de Processo Civil.

#### **4.3.3 Suposta contradição entre o direito de não produzir prova contra si mesmo e a dinamização do ônus da prova**

Conforme estudado no primeiro capítulo, o sistema do direito positivo é composto por enunciados prescritivos válidos cujo ingresso é oriundo das normas de produção normativa a partir da aplicação destas por agente credenciado pelo sistema.

Nesse aspecto, ainda que existam contradições entre os conteúdos dos enunciados, estes estão aptos a produzir efeitos. Tal fato deve-se à validade que as normas jurídicas adquirem ao entrar no sistema, de maneira que a perda dos efeitos só será configurada no momento em que uma norma expulse outra norma do sistema.

---

<sup>262</sup> Um dos primeiros estudiosos sobre teoria das cargas dinâmicas da provas, Jorge W. Peyrano, a par disso, ensina que “*Posteriormente, se propone de lege ferenda que si se adaptara em el futuro alguna espécie de audiencia preliminar, seria conveniente tomar el recaudo de alertar a las partes acerca de que las circunstancias del caso hacen que tal o cual litigante deberá soportar un esfuerzo probatorio especial, distinto y superior al que surge del reparto normal y corriente del ónus probandi*”. (PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 24)

<sup>263</sup> Ao visualizar o processo como estrutura cooperativa, Artur Thompsen Carpes leciona que “o ideal é que as atividades de saneamento e de organização da prova sejam realizadas em audiência, porque o ato propicia um amplo contato e debate oral entre aqueles que participam do contraditório. Ao contrário do que uma interpretação literal do art. 357, § 3º, PCPC, pode supor, a audiência é recomendável em qualquer demanda, independentemente da sua complexidade” (CARPES, Artur Thompsen, *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 178).

Fica entendido, portanto, que o sistema do direito positivo permite o ingresso de duas normas válidas, coerentes no plano sintático, que prescrevam “x” e “não-x”, de maneira a restar evidenciada apenas uma contradição semântica.<sup>264</sup>

O enunciado do artigo 378<sup>265</sup>, consoante o escopo colaborativo Código do Processo Civil, versa expressamente sobre o dever de colaboração<sup>266</sup> com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. O enunciado do artigo 379<sup>267</sup> do mesmo Diploma legal, por sua vez, não só fixa hipóteses de concretização do dever de colaboração para o descobrimento da verdade, mas também excepciona o direito da parte de não produzir prova contra si mesma. Assim, uma leitura superficial dos mencionados dispositivos pode levar o intérprete à conclusão de que o dever de colaboração das partes para o descobrimento da verdade, apregoadado no artigo 378, foi relegado a uma importância secundária.

Isso porque o CPC/2015, assim como outros diplomas legais, traz hipóteses nas quais a parte isenta-se do dever de colaboração para o descobrimento da verdade, valendo-se da prerrogativa de proteção a outros interesses que, de certa forma, se sobreponham ao dever de colaboração. Assim, tais previsões exoneram os sujeitos do dever de colaboração, uma vez que há interesses supostamente mais relevantes para a ordem jurídica no caso concreto. A busca pela verdade, portanto, não é tratada pelo ordenamento jurídico como fim absoluto do processo.

Adotando semelhante premissa, Michele Taruffo<sup>268</sup> o processo não tem como única finalidade o descobrimento da verdade. Por conseguinte, dispõe o autor que:

O processo, na verdade, é também um lugar em que as normas são aplicadas, valores são postos em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses são tutelados, escolhas econômicas são feitas, problemas sociais são enfrentados, recursos são alocados, o destino das pessoas é determinado, a liberdade dos indivíduos é tutelada a autoridade do Estado é manifestada... e controvérsias são resolvidas através de decisões pretensamente justas.

<sup>264</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2 ed., São Paulo: Noeses, 2006, p. 51.

<sup>265</sup> Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

<sup>266</sup> Sobre a colaboração das partes no processo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ensina que sua razão de ser está “num plano mais amplo, na medida em que não se cuida apenas de investigar a norma aplicável ao caso concreto, mas de estabelecer o seu conteúdo e alcance, não só evitando surpresas mas também as consequências negativas daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e da tutela de outros valores, a exemplo da concentração e celeridade do processo e da qualidade do pronunciamento judicial.”(OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198)

<sup>267</sup> Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado.

<sup>268</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 160.

Como consequência, ainda que as partes possuam interesse na produção de provas e na descoberta da verdade, sua atuação vincula-se aos seus interesses próprios, e não ao descobrimento desinteressado e objetivo da verdade.

Taruffo aduz ainda que qualquer modelo pode encontrar limitações à busca da verdade, a depender dos valores aos quais atribui maior prevalência, a exemplo da dignidade humana e da liberdade do indivíduo. Nesse ínterim, destaca que o problema não descansa sobre a existência de tais limites à busca pela verdade no âmbito do processo, mas sim sobre quais limites são ideologicamente justificáveis e quais são contraindicados.<sup>269</sup>

Dessa forma, o exame quanto aos limites estabelecidos no sistema processual brasileiro em relação ao dever das partes de colaborar com a descoberta da verdade deve ser realizado frente aos princípios preponderantes na sistemática processual constitucional. Nesse tocante, o direito à não-autoincriminação recebeu tratamento constitucional no ordenamento jurídico pátrio, conforme previsão do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988.

Como consequência, tal princípio não pode ser afastado quando da interpretação e aplicação dos dispositivos processuais, não somente no âmbito do processo penal, mas também na sistemática colaborativa do CPC/2015. Contudo, é imperioso destacar que tal previsão não gera efeitos idênticos no processo civil e no processo penal, especialmente em decorrência dos direitos e interesses tutelados por cada seara.

Consoante esse entendimento, o Fórum Permanente de Processualistas Civis fixou Enunciado 51 acerca dos artigos 378 e 379 do CPC/2015, dispondo que “A compatibilização do disposto nestes dispositivos com o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal”.

Depreende-se de tal enunciado que, além das exceções previstas expressamente em lei, a parte só pode isentar-se de colaborar com a descoberta da verdade para guardar observância à garantia constitucional nos casos em que a prova produzida poderia ser utilizada para responsabilização da parte no âmbito criminal.

Nesse sentido, o teor do artigo 388 do CPC/2015 traz limitações ao dever de colaborar com o descobrimento da verdade, dentre as quais a hipótese em que a parte não está obrigada a depor sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados, visto que o privilégio contra a

---

<sup>269</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 162.



autoincriminação é garantia constitucional de liberdade. Afinal, a imposição legal de que o acusado confesse crime praticado ou de que indique fato que pode lhe imputar sanção penal é ofensiva à necessidade da parte à preservação de sua liberdade.<sup>270</sup>

Por outro lado, a parte não poderá invocar o direito à não autoincriminação para se eximir de revelar fatos no âmbito cível, ainda que sua colaboração possa resultar em prejuízos alheios à seara criminal<sup>271</sup>. Nesse tocante, Luís Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart destacam que “o direito de não produzir prova contra si própria (art. 379, caput) está muito longe de um direito de mentir em juízo.”<sup>272</sup>

Aduzem os autores que a previsão do artigo 379 do CPC/2015 não dá às partes a prerrogativa de alterar ou ocultar a verdade, uma vez que o direito de não produzir prova contra si mesmo não gera um direito de conturbar a investigação dos fatos. Afinal, o processo civil é norteado pelos princípios da cooperação e da boa-fé, ficando as partes atreladas à busca pela verdade e ao dever de colaboração com a prolação, pelo Judiciário, de uma decisão justa, consubstanciada nas provas produzidas no processo.

Como consequência, as sanções previstas no CPC/2015 para penalizar as partes que atuam contrariamente ao dever de colaboração para a busca da verdade são plenamente cabíveis, desde que ausentes as exceções legais e desde que essa colaboração não tenha o condão de atingir a seara criminal das partes.

Portanto, conclui-se que, conforme demonstrado, o direito à não autoincriminação deve ser interpretado e aplicado em consonância com a sistemática colaborativa proposta pelo CPC/2015, especialmente diante da previsão expressa do artigo 378 do Diploma legal.

Contudo, da mesma forma que o direito de não produzir prova contra si mesmo não pode ser aplicado de maneira absoluta, também o dever de colaboração das partes para o descobrimento da verdade possui limitações.

A título de destaque, é bom saber que no tocante às exceções legais ao dever de colaboração, elas devem ser observadas pelo magistrado, uma vez que refletem a prevalência de

---

<sup>270</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 184.

<sup>271</sup> NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comprada entre os processos civil e penal, *in Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 246, p. 171-198, 2015. Versão digital. n.p.

<sup>272</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 187.

determinados princípios no ordenamento jurídico. Não havendo exceção expressa, deve o magistrado observar, ainda, se a colaboração da parte pode gerar repercussões a ela desfavoráveis na seara criminal. Afinal, o direito à não incriminação no processo penal admite relevos muito mais abrangentes, especialmente em decorrência da previsão constitucional do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988.

Em conformidade ao que foi colocado, está o lúcido posicionamento de Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>273</sup> ao explicar o dever da parte de apresentar as provas de acordo com os ditames da norma fundamental do sistema do direito positivo, a Constituição Federal:

Realmente, para que o Estado possa desempenhar adequadamente a sua tarefa de decidir as controvérsias que lhe são submetidas, é essencial que as pessoas que tenham que tenham conhecimento dos fatos relevantes para a solução do litígio efetivamente colaborem e tragam para o processo esses elementos em que se fundará o conhecimento do órgão jurisdicional. Afinal, se o texto constitucional impõe ao Estado o dever de julgar os conflitos e de dar tutela efetiva, tempestiva e adequada a qualquer lesão ou ameaça a direito, então é indispensável que se imponha a toda coletividade o consectário dever de auxiliar a jurisdição nessa tarefa, fornecendo-lhe os subsídios para que possa conhecer os fatos e julgar corretamente (art. 378). Por isso, pode-se afirmar que ao lado de um direito, a prova é também um dever.

A interpretação ora adotada dos dispositivos tratados permite a harmonização e coexistência do dever de colaboração das partes para o descobrimento da verdade e do direito de não produzir prova contra si mesmo, observando, ainda, as diferenças inerentes aos âmbitos cível e penal. Dessa forma, a sistemática colaborativa do CPC/2015 é preservada, tornando cabível a aplicação das sanções legais nos casos de inobservância ao dever de colaboração. Da mesma forma, a preponderância do direito constitucional à não autoincriminação é preservada, à medida que pugna-se pela observância às exceções legais ao dever de colaboração e pelo direito das partes de isentarem-se de produzir provas sempre que sua colaboração puder resultar em reflexos a elas prejudiciais na seara criminal.

#### **4.4 Requisitos para alteração da regra estática para distribuição dinâmica**

##### **4.4.1 Impossibilidade de produção de prova ou excessiva dificuldade**

---

<sup>273</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. 2, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 265.

Conforme extraído do enunciado do artigo 373, § 1º, do Código de Processo Civil, a distribuição dinâmica do ônus da prova no caso concreto possui como condicionante a viabilidade de que a parte, responsável de trazer certa prova aos autos, não possua reais condições de se desincumbir desse ônus em razão da extenuante dificuldade, ou até mesmo impossível, de produzi-la, fomentando, logo, um déficit na instrução do processo.

O litigante onerado pela distribuição dinâmica deve estar em posição privilegiada, em razão do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia por estar na posse da coisa ou instrumento de prova, ou por ser o único a ter a prova, o que se infere uma melhor posição para buscar a verdade no processo.<sup>274</sup> .

Com frequência, constata-se que uma das partes se vê diante da impossibilidade de produzir uma prova negativa, o que configura, eventualmente, a chamada prova diabólica. Esta acarreta a aniquilação do direito da parte à ampla defesa<sup>275</sup>, bem como cria um desequilíbrio entre os sujeitos.

Configurado isso e analisadas as peculiaridades do direito material, indispensável o juiz proceder com o repasse do encargo de produção probatória para quem está em melhores condições de produzi-la. Frise-se, é necessária que a dificuldade esteja em consonância com a maior facilidade da outra parte na produção da prova.

Aliás, melhores condições não se confundem com maior comodidade na produção probatória pela parte concernente a outra. Ora, a dificuldade tem que ser evidenciada e relevante para embasar a modificação do ônus da prova, não sendo suficiente a comodidade de uma parte, já que não há desigualdade<sup>276</sup>, a princípio, na distribuição estática do ônus.

Importante destacar, por fim, as lições de Danilo Knijnik<sup>277</sup> ao expor:

---

<sup>274</sup> CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova – Exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC, in *Revista de Processo*, v. 246, agosto/2015, p. 85-111. Versão digital. n.p.

<sup>275</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, v. 3, p. 80.

<sup>276</sup> Precisa é a afirmação de Artur Carpes Thompsen: “Se as regras do ônus da prova são instituídas para assegurar a igualdade das partes, fica fácil compreender as razões para a inaplicabilidade do critério ordinário de distribuição indicado nos incisos do art. 373, CPC naqueles casos em que resta flagrante a desigualdade nos esforços de produção da prova. Em outros termos: se a razão motivadora da regra – a igualdade – é fragilizada no caso concreto, a regra de distribuição do ônus da prova pode não ser aplicável. Tal é a razão pela qual a dinamização funciona como filtro isonômico do direito fundamental à prova: o exercício desse direito é ajustado em concreto, evitando tratamento discriminatório a qualquer das partes” (CARPES, Artur Thompsen, *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 113.)

<sup>277</sup> KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JR.,

São pressupostos para sua aplicação que a incidência do ônus estático redunde em probatio diabólica, estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a prova tornar-se inacessível à parte estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa.

Não obstante a importância do mencionado requisito, deve-se ter em mente o respeito ao contraditório quando tornar nítida a possibilidade de dinamização do ônus de determinada de prova, de maneira que a parte onerada possa se manifestar sobre o novo encargo que lhe foi imputado, consoante o conteúdo do art. 373, § 2º, do CPC.

O conteúdo de tal parágrafo está norteado pelas normas fundamentais contidas no Código que pregam o efetivo contraditório a fim esmiuçar os argumentos levantados pela parte prejudicada pela modificação do ônus.

#### **4.4.2 Possibilidade de contraditório à parte adversa**

Não obstante a importância do mencionado requisito, deve-se ter em mente o respeito ao contraditório quando tornar nítida a possibilidade de dinamização do ônus de determinada de prova, de maneira que a parte onerada possa se manifestar sobre o novo encargo que lhe foi imputado, consoante o conteúdo do art. 373, § 2º, do CPC<sup>278</sup>.

O teor de tal parágrafo está norteado pelas normas fundamentais contidas no Código que pregam o efetivo contraditório a fim esmiuçar os argumentos levantados pela parte prejudicada em decorrência da modificação do ônus.

Note-se, dessa maneira, que é vedada a prova diabólica reversa, visto que, assim como ocorre nos termos do parágrafo 1º do art. 373, culmina na violação ao direito fundamental à efetividade

---

Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 950-951.

<sup>278</sup> Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 2º. A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

da prestação jurisdicional, bem como à defesa. Desse modo, a aplicação da distribuição não pode apenas contribuir para o êxito de uma das partes.

Em observância a isso Jorge W. Peyrano<sup>279</sup> ensina:

(...) aquel desplazamiento del *onus probandi* sera aceptable, sólo si, respecto de tales hechos, el demandado se encontrara, a sua vez, en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cundo las dificultades probatórias afecten tanto el actor quanto al demandado, la inversión de la carga procesal respectiva ho halla justificativo alguno atento a que constituiria, también, un quebrantamiento a los multinombrados principios fundantes de la distribución del esfurzo probatório, pero en esta oportunidad, contra la factibilidad de éxito de la demandada.

Em hipótese alguma, o juiz pode escolher, diante de uma prova muito difícil ou impossível de ser levada aos autos, quem se submeterá de antemão as consequências da alteração do ônus da prova.<sup>280</sup> Nesse sentido, a ideia de prova diabólica reversa se coloca como limite para aplicação da dinamização do ônus da prova.<sup>281</sup>

#### **4.4.3 Dever de fundamentação da decisão para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova**

No que concerne à fundamentação da decisão, esta é elemento intrínseco para se alcançar os mandamentos estatuídos pelas normas fundamentais do Código de Processo Civil com o escopo de obter uma decisão de mérito justa e efetiva, sob pena de nulidade caso não seja vislumbrada.

O dever de fundamentar as decisões judiciais, disposto no inciso IX do art. 93, da Constituição é atinente ao Estado Democrático de Direito e decorre sobretudo do devido processo legal cujo objetivo é controlar os excessos do julgador e garantir um julgamento justo e adequado.

Nesse sentido, o diálogo é necessário para a análise da argumentação das partes e do juiz, sempre observado o contraditório que estará, de certa forma, entrelaçado à fundamentação. A propósito, Enrico Tullio Liebmann enfatizava que o juiz “não pode proceder nem julgar sem

<sup>279</sup> PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. *Revista de Processo*, v. 217, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 205-224. Versão digital. n.p.

<sup>280</sup> Luiz Guilherme Marinoni, nessa linha, leciona que aplicar distribuição dinâmica do ônus da prova a partir do momento em que a outra parte não tem condições de se desincumbir do ônus pode “significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus” (MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 8, set./out. 2005, p. 22)

<sup>281</sup> KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 180-181.

ter chamado as partes para ouvir suas razões. É uma exigência elementar de justiça dar a todas as partes a oportunidade e a possibilidade de defenderem-se antes que o juiz pronuncie sua decisão”.<sup>282</sup>

Percebe-se que o contraditório permite garantir às partes a garantia de que as suas razões expostas disporão de influência ao magistrado, tanto no processo quanto no conteúdo da decisão. Logo, ao decidir, o juiz deverá demonstrar que os argumentos das partes, bem como as provas produzidas por estas, imiscuíram-se no seu convencimento.<sup>283</sup>

Ora, a fundamentação de uma decisão envolve expor o porquê da posição do magistrado, englobando tanto as razões para o que foi decidido, quanto dar razões para ir de encontro com argumentos contrários. Nessa linha, Ovídio Araújo Batista da Silva afirma ser completa a decisão que enfrenta de modo expresso todos os argumentos trazidos: “A exigência de que a motivação seja ‘completa, abrangendo tanto a versão aceita pelo julgador, quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta, é fundamental para que o convencimento judicial alcance o nível de racionalidade exigido pela lei.’”<sup>284</sup>

O artigo 489, §1º<sup>285</sup>, do CPC/2015, respaldado pelo referido ditame constitucional, traduz tal entendimento ao impor que o magistrado, além de se posicionar sobre os pontos erigidos pelas partes, deve também justificar o motivo pelo qual compreendeu que o uso da regra de distribuição estática contida no *caput* do artigo 373 do CPC acarretaria na exigência de uma prova excessivamente difícil a uma das partes, o que seria capaz de prejudicar no julgamento

---

<sup>282</sup> “Il giudice non può procedere nè giudicare senza avere chiamato davanti a sè tutte le parti per ascoltare le loro ragioni. È unelementare esigenza di giutizia dare a tutte le parti l’occasione e la possibilità di difendersi prima che il giudice pronunci il suo giudizio. (...) Il principio imprime a tutto il procedimento una struttura contraddittoria, in quanto il giudice procede nei confronti di tutte le parti e queste devono poter assistere al suo svolgimento e difendere e provar le loro ragioni” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 7 ed., Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 8.)

<sup>283</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão, in: *Revista de processo*. v. 168, p. 53-65. FEVEREIRO/2009. Versão digital. n.p.

<sup>284</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Revista magister de direito civil e processual civil*. Vol 10. Porto Alegre: Magister, jan-fev. 2006, p. 13.

<sup>285</sup> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

do mérito, chegando à conclusão de que a parte contrária teria melhores condições de se desincumbir desse ônus.

Portanto, o mencionado dispositivo busca qualificar a fundamentação, distanciando da mera indicação normativa a partir do momento que a validade da decisão só estará configurada diante da atitude do juiz de colocar as razões pelas quais a interpretação que prevaleceu é a melhor e mais adequada ao caso.

#### **4.5 O ônus da prova e as ações no processo judicial tributário**

Antes de adentrar no estudo da distribuição dinâmica do ônus da prova em matéria tributária, haverá neste item uma breve análise do ônus da prova nas principais ações cujo conteúdo versam sobre matéria tributária., haja vista a execução fiscal, os embargos à execução fiscal, a exceção de pré-executividade, a ação anulatória e o mandado de segurança. No presente trabalho, a análise ficará detida às ações com cunho repressivo.

Ademais, no tópico acerca da execução fiscal será feito o estudo acerca da aplicabilidade ou não do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, contido no art. 133 do Código de Processo Civil no âmbito da execução fiscal. Tal análise é importante, uma vez que há a possibilidade de um prévio contraditório antes do redirecionamento da ação exacional fiscal.

Nesse aspecto, observa-se que os sujeito que estão na relação jurídica tributária podem promover demandas visando resguardar seus direitos. Por outro lado, o Autoridade Administrativa pode, outrossim, propor ação de caráter executório cujo fim seja a satisfação do seu crédito tributário.

Frise-se que a Constituição Federal<sup>286</sup> autoriza ao contribuinte promover ações com cunho repressivo quando ocorre uma lesão ao direito, ou preventivo, quando há uma iminência de ameaça ao seu direito em razão do desrespeito ao seu direito.

Assim, detectada a consumação da aplicação da regra-matriz de incidência tributária, visualiza-se a lesão contida no ditame constitucional, de modo a fazer com que o contribuinte possa

---

<sup>286</sup> Art. 5º (...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

provocar o Estado-juiz para obter a tutela jurisdicional e, por conseguinte, ter a desconstituição do vínculo jurídico tributário.

#### **4.5.1 O ônus da prova e a execução fiscal**

Após o processo de positivação da norma jurídica tributária, cujas etapas vão desde o início do exercício da competência tributária, passando pelo nascimento da obrigação tributária até chegar a confecção do título executivo extrajudicial representada pela certidão de dívida ativa, é observada a inauguração da norma secundária com o início da relação processual decorrente do descumprimento do consequente da norma primária na qual havia a relação jurídica de direito material tributário.

Os sujeitos integrantes dessa relação jurídica contida no consequente da norma primária serão os legítimos para a composição dos polos ativo e passivo da relação jurídica processual expressa no consequente da norma secundária. Inicia-se aqui, portanto, a execução fiscal.

Nesse sentido, cabe destacar que a autoridade fiscal, por meio da Procuradoria da Fazenda e da expedição da certidão de dívida ativa, possui o respaldo de entrar com uma execução fiscal a fim de recuperar os créditos tributários ou não tributários devidos pelo contribuinte, em razão do não cumprimento do dever jurídico.

A Lei nº 6.830/80 é a legislação que regula todo o procedimento da execução fiscal com aplicação subsidiária dos enunciados prescritivos contidos do Código de Processo Civil caso haja alguma omissão quanto a algum assunto, conforme o ditame do art. 1º da mencionada Lei de Execução Fiscal.

Com a execução fiscal proposta, tem a instalação da relação processual que vincula a pessoa jurídica de direito público e o Estado-juiz, no entanto, a eficácia do provimento judicial está atrelada ao estabelecimento da relação entre o Estado-juiz e o contribuinte, sujeito passivo da relação jurídica de direito material contida no consequente da norma primária. Desse modo, tal sujeito passivo integrará a relação processual e passará a ser o executado.

Nesse aspecto, o processo, na ótica do réu, é enxergado como uma relação jurídica que concede a ele o exercício do contraditório e da ampla defesa, porém, o executado, para exercê-los, tem que ser citado para pagar ou garantir bens.



Dessa forma, sabe-se que num processo de execução o direito do credor já é previamente definido, de maneira a verificar, num primeiro momento, a ausência de um diálogo entre as partes. Isto é, nesse lapso de tempo o contraditório entre as partes para a constituição de uma norma individual e concreta não é observado.

Em que pese essa característica inerente ao processo de execução, isso não inviabiliza da parte de exercer seu direito de defesa e juntar provas em face da execução para desconstituir o título executivo, ora feito por meio da exceção de pré-executividade, ora feito, em processo à parte, por meio de embargos à execução fiscal.

#### ***4.5.1.1 O ônus da prova e a exceção de pré-executividade***

A exceção de pré-executividade é um meio de defesa feita nos próprios autos da ação de execução fiscal. Seu cabimento e seu objeto estão dispostos na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente à matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

Aliado a isso, o inciso LV<sup>287</sup> do artigo 5º da Constituição, bem como o parágrafo único<sup>288</sup> do art. 3º da Lei de Execuções Fiscais servem de fundamento para que o executado possa usar de tal defesa na cobrança judicial do crédito tributário a fim de exercer o efetivo contraditório e evitar a constrição de bens quando estiver evidente uma nulidade insanável na execução.

Tal meio de defesa possui como hipótese de cabimento, segundo a corrente doutrinária e jurisprudencial, questões de direito, desde que sejam comprovadas de plano, em outras palavras, sejam provas pré-constituídas que não demandem dilação probatória.<sup>289</sup>

Dentre as principais hipóteses de cabimento da exceção estão os vícios formais encontrados na CDA, a comprovação de pagamento de plano e a ilegitimidade do sócio-administrador que teve contra si um redirecionamento da execução fiscal.

---

<sup>287</sup> Art. 5º (...)

LV – aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>288</sup> Art. 3º (...)

Parágrafo único – A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

<sup>289</sup> ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1595.

O ônus de provar tais fatos é do executado, no caso excipiente, já que é ele que deverá desconstituir a liquidez e a certeza do crédito tributário em razão da presunção relativa<sup>290</sup> que goza a certidão de dívida ativa. Provado o fato, a emissão de uma norma individual e concreta emanada pelo juiz irá refletir no ciclo de posituação da obrigação tributária.

Muitos contribuintes fazem o uso de tal instrumento de defesa por ser menos dispendioso e mais célere do que os onerosos embargos à execução fiscal que exige garantia para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Em que pese isso, há situações em que o executado não tem meios para proceder com a produção probatória para ilidir as presunções da dívida inscrita, de maneira a ficar evidenciado o cerceamento de defesa para o executado devedor com o não conhecimento da exceção em razão da ausência de provas. Assim, inteiramente viável a aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova no caso.

Dessa forma, à guisa do efetivo contraditório<sup>291</sup> e da cooperação, o enunciado da Súmula 393 do STJ merece ser revisto tendo em vista as balizas de tais normas fundamentais apregoadas no Código de Processo Civil. Logo, facilitará a obtenção de uma maior efetividade a partir de uma cognição mais aprofundada no processo de execução com a produção de provas viáveis pela Fazenda Pública.

#### ***4.5.1.2 O ônus da prova e os embargos à execução fiscal***

Findada a última etapa de posituação da norma tributária, representada pela certidão de dívida ativa, caberá ao contribuinte procurar desconstituir a relação jurídica tributária a fim de repelir a presunção de liquidez e a certeza do crédito tributário.

---

<sup>290</sup> É o que dispõe o art. 204 do Código Tributário Nacional “A dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de liquidez e certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.” Em seguida seu parágrafo único “A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a que aproveite. No mesmo sentido, está o art. 3º, parágrafo único: “A Dívida Ativa regularmente inscrita goza de presunção de liquidez e certeza”, § único: “a presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a que aproveite.”

<sup>291</sup> ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1600.

E para tanto, feita a penhora de bens que visa a assegurar a satisfação do crédito tributário<sup>292</sup>, a ação antiexacional representada pelos embargos à execução fiscal é a defesa capaz de produzir efeitos para a desconstituição da certidão.

Conforme o enunciado do artigo 16, § 2º, da Lei de Execuções Fiscais, atribui ao embargante o ônus de “requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas”. Dessa forma, o embargante deve, por exemplo, juntar aos autos cópia do procedimento administrativo demonstrando algum vício formal ou material na norma individual e concreta representada pela CDA cujo teor é um reflexo do lançamento tributário realizado.

E caso haja dificuldade para a juntada de documentos para o embargante e facilidade para a embargada, esta deverá proceder com o levantamento das provas que confirmem os fatos alegados pelo contribuinte.

Além disso, os embargos, ao contrário da exceção de pré-executividade que exige a produção de prova pré-constituída, permitem uma cognição mais profunda com ampla defesa do executado a fim de evitar a perda de seus bens.

O autor dos embargos à execução fiscal poderá sempre juntar provas contra algum vício visualizado em qualquer etapa do processo de positivação da norma tributária, desde a hipótese de incidência até a confecção da certidão da dívida ativa para invalidar a cobrança do crédito tributário.

Sendo assim, as provas poderão ser referentes à existência de causas suspensivas ou extintivas do crédito tributário, em conformidade com os artigos. 151 e 156 do Código Tributário Nacional, uma vez que a fundamentação de legalidade contida na CDA não é absoluta, consoante já colocado anteriormente.

Recebidos os embargos, embora o veículo normativo disponha que não possa, o mais recomendado é que a suspensão da execução deva ocorrer de forma imediata, já que o título executivo extrajudicial representado pela CDA, causa de pedir da execução fiscal, é feito de forma unilateral pelo exequente, e este possui meios próprios para constranger o devedor, de

---

<sup>292</sup> Há autores que divergem sobre a obrigatoriedade ou não de garantir o juízo, pela necessidade de garantia: ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 20 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1658. Em sentido contrário: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 15 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 454.

maneira a contrariar o princípio constitucional do devido processo legal caso não haja a suspensão<sup>293</sup>.

No entanto, esse não é o entendimento do § 1º do art. 919<sup>294</sup> do Código de Processo Civil que trata dos efeitos suspensivos da oposição dos embargos. Frise-se, de antemão, que os artigos 16 e 17 da Lei de Execuções Fiscais, cujo conteúdo trata dos embargos à execução fiscal, não regem acerca dos efeitos suspensivos.

Dessa forma, de modo subsidiário, é aplicado o teor da citada regra do CPC, já que o art. 1º da LEF permite tal aplicação. No entanto, os requisitos elencados no art. 919 do CPC vão de encontro ao devido processo legal ao exigir a garantia para obter tais efeitos.

#### ***4.5.1.3 A aplicabilidade do instituto de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito execução fiscal: a busca do efetivo contraditório***

Os enunciados dos artigos 133 ao 137, que regem sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, guardam consonância com a norma fundamental do contraditório ao exigirem a prévia citação do sócio antes de se iniciar sua inserção no polo passivo tendo em vista a desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Nota-se que o novo Código fixou um novo paradigma concernente à concretização do contraditório.

O redirecionamento da execução fiscal em face do sócio de determinada pessoa jurídica executada é, de forma recorrente, embasado nas hipóteses do enunciado do artigo 135, III, do Código Tributário Nacional. Sob a alegação da presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa, o Estado-juiz ordena o redirecionamento sem se ater se ocorreu, antes da feitura da referida certidão, a observância da ampla defesa e do contraditório na discussão do lançamento tributário, bem como dos exercícios dos atos ilícitos levantados pelo fisco.

---

<sup>293</sup> Ao discorrer sobre a possibilidade da oposição dos embargos poder ter o efeito de suspender a oposição, Enrico Tullio Liebman afirma que “Sob o aspecto prático, todavia, considerada a possibilidade de se demonstrar na oposição de mérito a ilegitimidade da execução, pode tornar-se oportuno sustá-la e obstar-lhe o prosseguimento até que se verifique se a oposição é destituída de fundamento. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Campinas: Bookseller, 2003, p. 318)

<sup>294</sup> Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficiente.

Muitos juízes têm autorizado o redirecionamento da execução fiscal sem a prévia citação do sócio, de maneira a impossibilitar o contraditório à pessoa física a ser responsável pelo débito tributário da empresa.

E somente depois da autorização do redirecionamento pelo juízo, o sócio possui como instrumentos de defesa a oposição dos embargos à execução fiscal com o oneroso oferecimento de garantia, ou da exceção de pré-executividade, a qual, por sua vez, não permite uma ampla dilação probatória, ficando atrelada a argumentos referente à matéria de direito.

Desse contexto, a aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica configura-se uma elucidação para essa questão que sobremaneira aflige os sócios-administradores que, por vezes, são responsáveis por débitos tributários com fundamento na simples menção de uma das hipóteses de ato ilícito do art. 135 do Código Tributário Nacional no título executivo.

Tal caso oportuniza a fidelidade ao contraditório e à ampla defesa na execução fiscal<sup>295</sup> com a citação prévia para que o sócio faça a manifestação sobre o redirecionamento, o que lhe confere maior segurança jurídica.<sup>296</sup>

Antes de atingir a esfera patrimonial do responsável, deve-se dar a este a oportunidade de dialogar com o Estado-juiz e expor suas razões para demonstrar a ausência do controle de legalidade diante da cobrança do crédito tributário.<sup>297</sup>

Frise-se, em consonância a isso, que a Lei de Execuções Fiscais, em seu art. 1º, permite a aplicação de forma subsidiária dos enunciados prescritivos do Código de Processo Civil nos

---

<sup>295</sup> Ressaltando a necessidade de oportunidade de defesa ao sócio, Leonardo Carneiro da Cunha esclarece que “Se o sujeito não está no título e sua responsabilidade depende de aferição e comprovação de elementos subjetivos ou que não constem do título executivo, é preciso que se instaure um incidente cognitivo para que se avalie a presença desses elementos, em contraditório e com oportunidade de defesa. Não é possível simplesmente “redirecionar” uma execução sem que sejam apurados os elementos subjetivos da responsabilidade, assegurados o contraditório e a ampla defesa”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 15 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 454.)

<sup>296</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. Critérios para exigência dos responsáveis tributários, em face da previsão de “incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, no novo CPC de 2015, in: *Grandes questões atuais de direito tributário*, 19º volume. São Paulo: Dialética, 2015, p. 19.

<sup>297</sup> Humberto Theodoro Junior defende a aplicabilidade do IDPJ ao defender que “o que importa para definir a necessidade do incidente em contraditório não é a existência pura e simples de previsão de a possibilidade de uma dívida societária ser exigida diretamente do sócio ou administrador, mas sim a necessidade de se apurarem dados fáticos estranhos ao título executivo para se definir a incidência, ou não, da norma excepcional autorizadora do desvio da responsabilidade patrimonial. (THEODORO JUNIOR. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 111)

pontos omissos na referida Lei, o que demonstra a viabilidade de uso do procedimento dos artigos 133 ao 137 do CPC nas execuções fiscais.

Outro ponto que a corrente doutrinária discute sobre a aplicação ou não do procedimento do incidente do artigo 133 do CPC refere-se à distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica e a responsabilidade tributária, que de fato existe, mas que não impede a instauração do incidente.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é decorrente de situações de fraude e abuso na gestão da empresa na qual, em determinadas condições, é permitida a constrição de bens dos sócios-administradores, de maneira afastar temporariamente a personalidade jurídica.<sup>298</sup> Suas hipóteses estão dispostas no art. 50<sup>299</sup> do Código Civil.

Por outro lado, no âmbito da responsabilidade tributária, as hipóteses estão dispostas no artigo 135, do Código Tributário Nacional. No teor desse artigo, percebe-se uma vinculação de terceiros, que “representa o contribuinte ou lhe serve de instrumento”<sup>300</sup>, demonstrando que são responsáveis pelos créditos tributários os sócios-administradores de pessoas jurídicas de direito privado em decorrência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

No mencionado dispositivo encontra-se o fundamento que embasa o redirecionamento da execução fiscal que, dessa forma, não se confunde com a desconsideração contida no art. 50 do Código Civil, conforme parte da doutrina destaca.

Embora os referidos institutos possuam naturezas distintas, seus efeitos na esfera do sócio são praticamente os mesmos, uma vez que atingem a sua esfera patrimonial. A partir de uma interpretação teleológica dos dispositivos analisados pode-se concluir pela possibilidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais<sup>301</sup>,

---

<sup>298</sup> Nessa ideia, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal: “o ato constitutivo da pessoa jurídica poderá, episodicamente, tornar-se ineficaz em relação a terceiros, prejudicados pela prática de condutas abusivas ou ilícitas pelos sócios, utilizando-se da personalidade jurídica como véu protetivo” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Parte geral e LINDB*. 12 ed. Salvador: JusPodivm. 2014, p. 423)

<sup>299</sup> Art. 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

<sup>300</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 755.

<sup>301</sup> A favor da aplicação do IDPJ nas execuções fiscais: GENARO, Leandro. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e as execuções fiscais. In: *Revista dos Tribunais*. v. 978. p. 301-322. Abril/2017. Versão digital. n.p. GOES, Valdilea; LAGASSI, Veronica. Desconsideração da personalidade jurídica face ao novo CPC.

visto que o aplicador do direito tem que ser norteado pelas normas fundamentais do Código do Processo Civil.

Ademais, atente-se que a condição de executado na execução fiscal presume que o sujeito do processo seja aquele que se encontra no polo passivo da relação jurídica de direito material inadimplida, cuja constituição foi feita por um agente competente, de forma a respaldar a inserção do nome na certidão de dívida ativa.

Isso significa que aquele terceiro em sentido processual deverá ser também um terceiro em sentido material, uma vez que em nenhum momento o responsável pela dívida foi elevado a condição de sujeito passivo da obrigação tributária, bem como não teve contra ele título executivo indispensável para a fixação da sua responsabilidade tributária.

Nesse aspecto, é inadmissível haver redirecionamento de execução fiscal em face do sócio colocado como sujeito passivo da obrigação tributária sem que haja contra ele o ato constitutivo do crédito tributário. Caso contrário, o redirecionamento da execução traduz-se não em um direito à constituição do crédito tributário de alguém que não estava no polo passivo da obrigação tributária e sim em direito à responsabilidade patrimonial de terceiro.<sup>302</sup>

Nesse panorama, em recente decisão no Recurso Especial nº 1.775.269<sup>303</sup>, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela aplicação do incidente de desconconsideração da

---

In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 129. p. 265-283, Julho-Agosto/2016. Versão digital, n.p.; SILVEIRA, Artur Barbosa da. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no direito tributário reflexos no novo CPC. In: *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*. v. 4. P. 95-115, Janeiro-Fevereiro/2017. Versão digital n.p. Em sentido contrário à instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais: BOMFIM, Gilson Pacheco; BERTAGNOLLI, Ilana. Da não aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos casos de responsabilização tributária por ato ilícito. In: *Revista de Processo*. v. 78. p. 169-188, junho/2017, Versão digital. n.p.

<sup>302</sup> CONRADO, Paulo César. Redirecionamento como forma (esdrúxula) de constituição da obrigação tributária (relativamente ao terceiro responsável) e de aparelhamento da lide executiva fiscal (contra aquele mesmo terceiro). *Processo tributário analítico*. Vol. 2. 2 ed., Coord. Paulo César Conrado. São Paulo: Noeses, 2016, p. 203.

<sup>303</sup> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO A PESSOA JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO "DE FATO". INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE. 1. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (art. 133 do CPC/2015) não se instaura no processo executivo fiscal nos casos em que a Fazenda exequente pretende alcançar pessoa jurídica distinta daquela contra a qual, originalmente, foi ajuizada a execução, mas cujo nome consta na Certidão de Dívida Ativa, após regular procedimento administrativo, ou, mesmo o nome não estando no título executivo, o fisco demonstre a responsabilidade, na qualidade de terceiro, em consonância com os artigos 134 e 135 do CTN. 2. Às exceções da prévia previsão em lei sobre a responsabilidade de terceiros e do abuso de personalidade jurídica, o só fato de integrar grupo econômico não torna uma pessoa jurídica responsável pelos tributos inadimplidos pelas outras. 3. O redirecionamento de execução fiscal a pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí porque, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora. 4. Hipótese em que o TRF4, na

personalidade jurídica no momento em que há o redirecionamento da execução fiscal à pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade inicialmente executada, porém não foi houve sua identificação na Certidão de Dívida Ativa ou não houve o enquadramento nas hipóteses do art. 134 e 135 do Código Tributário Nacional.

Portanto, com uma visão constitucional do processo, nota-se ser viável a aplicabilidade do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais a fim de garantir o efetivo contraditório e o dever de cooperação com o Estado-juiz - normas fundamentais emanadas pelo Código de Processo Civil, de maneira a obter um provimento judicial adequado.

#### **4.5.2 O ônus da prova e a ação anulatória**

A discussão judicial após a constituição do crédito tributário também pode ser feita por meio de ação anulatória, conforme o enunciado do artigo 38 da Lei de Execução Fiscal. Ela é a ação voltada à produção de normas individuais e concretas cuja eficácia almeja desconstituir a obrigação tributária<sup>304</sup> concretizada pelo lançamento, bem como a certidão de dívida ativa.

Como a maioria das ações, a ação anulatória demanda dilação probatória, cabendo de início ao autor apresentar as provas que confirmem o fato alegado, ou seja, é incumbido ao autor o ônus da prova em relação ao fato constitutivo de seu direito. Já ao réu, incumbirá o ônus da prova quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ademais, frise-se que embora o enunciado do art. 38 da Lei de Execuções Fiscais exija o depósito prévio do valor discutido no processo como condição da ação anulatória, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante 28<sup>305</sup>, possibilitou que a ação anulatória pode

---

vigência do CPC/2015, preocupou-se em aferir os elementos que entendeu necessários à caracterização, de fato, do grupo econômico e, entendendo presentes, concluiu pela solidariedade das pessoas jurídicas, fazendo menção à legislação trabalhista e à Lei n. 8.212/1991, dispensando a instauração do incidente, por compreendê-lo incabível nas execuções fiscais, decisão que merece ser cassada. 5. Recurso especial da sociedade empresária provido. STJ – Resp: 1.775.269/PR 2018/0280905-9, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Data de julgamento: 21/02/2019, S1 – Primeira Turma, Data de publicação: – Dje 28/02/2019).

<sup>304</sup> CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. 3 ed. São Paulo: Quartier Latin. 2012, p. 240.

<sup>305</sup> Súmula Vinculante 28 - É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.



ser apresentada sem o valor discutido depositado integralmente. No entanto, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ficará inviável caso não haja o oferecimento de garantia<sup>306</sup>.

Em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o contribuinte poderá ingressar com anulatória ainda que tenha transcorrido o prazo para apresentação dos embargos à execução, razão pela qual resta evidenciado o direito de ação, o qual deverá ser respeitado. Cabe ressaltar que, em ação anulatória, o contribuinte poderá proceder com o depósito judicial da quantia contida no título executivo a fim de possa obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Interessante observar que a ação anulatória e a execução fiscal podem prosseguir concomitantemente, uma vez que, em princípio, em razão da conexão por prejudicialidade, ambas possuem a mesma causa de pedir remota, isto é, a relação jurídica de direito material colocada no momento de inscrição da dívida ativa. Entretanto, na execução fiscal a relação jurídica é o que dá respaldo à CDA, enquanto que na ação anulatória a relação jurídica entre o ente e o sujeito passivo é visualizada com vícios.

A propósito, o Código de Processo Civil determinou, de forma expressa no art. 55, § 2º<sup>307</sup> que haverá conexão entre a execução do título extrajudicial e a ação de conhecimento referente ao mesmo ato jurídico, de modo de ambas as ações sejam processadas ao juiz prevento. Aliás, o

---

<sup>306</sup> “EXECUÇÃO FISCAL. ANULATÓRIA. PRAZO. EMBARGOS. Cuida-se de recurso especial em que o município recorrente aponta ser inadmissível o executado ajuizar ação anulatória após o transcurso do prazo para oposição dos embargos à execução e ser impossível a aplicação da teoria da causa “madura” porque a controvérsia dos autos demanda a análise de matéria de prova. Explica o Min. Relator que o ajuizamento da ação anulatória de lançamento fiscal é direito do devedor (direito de ação) insuscetível, portanto, de restrição, podendo ser exercido antes ou depois da propositura da ação exacional, não obstante o rito previsto nesses casos ser o da ação de embargos do devedor como instrumento hábil à desconstituição da obrigação tributária, cuja exigência já é exercida judicialmente pela Fazenda. Aponta que a diferença entre a ação anulatória e a de embargos à execução é a possibilidade de suspensão dos atos executivos até seu julgamento. Assim, na ação anulatória, para que haja suspensão do executivo fiscal, assumindo a mesma natureza dos embargos à execução, é necessário o depósito do valor integral do débito exequendo (art. 151 do CTN). Nesse caso, ostenta o crédito tributário o privilégio da presunção de sua legitimidade (art. 204 do CTN). Ressalta ainda que, no caso dos autos, o pedido de ação anulatória não teve a pretensão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas de desconstituir lançamentos tributários eivados de ilegalidade. Daí haver lícito exercício do direito subjetivo de ação. Por fim, o Min. Relator considerou que, quanto à controvérsia sobre a necessidade de produção probatória, que inviabiliza a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC, ela encontra óbice na Súm. n. 7-STJ. Diante do exposto, a Turma conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 854.942-RJ, DJ 26/3/2007; AgRg no REsp 701.729-SP, DJe 19/3/2009; REsp 747.389-RS, DJ 19/9/2005; REsp 764.612-SP, DJ 12/9/2005, e REsp 677.741-RS, DJ 7/3/2005. REsp 1.136.282-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 3/12/2009.

<sup>307</sup> Art.55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

(...)

§2º Aplica-se o disposto no caput:

I – à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico.

artigo 59<sup>308</sup> do Código de Processo Civil dispõe que a formalização da prevenção será no registro ou na distribuição da petição inicial.

Por conseguinte, a ação anulatória possui o escopo de inovar no mundo jurídico e repelir a presunção relativa do crédito tributário, assim como as demais ações, de modo a desconstituir o fato jurídico tributário.

#### 4.5.3 O ônus da prova e o mandado de segurança

O mandado de segurança é um remédio constitucional que visa anular um ato lesivo em face do impetrante. Tal defesa tem fundamento no artigo 5º, inciso LXIX<sup>309</sup>, da Constituição Federal, bem como na Lei 12.016/2009<sup>310</sup>, cujas condições para impetração são a existência de ato da autoridade pública ilegal ou abusivo e o direito líquido e certo.

O ato de autoridade pública é emanado por agente com poder de decisão, o qual pode proceder com a correção do dano decorrente da ilegalidade ou abuso de poder.<sup>311</sup>

Tal prática corretora é decorrente da presunção de legalidade que implica a presunção de correção de seu procedimento. Assim, nota-se que o escopo do mandado de segurança é cessar a presunção de legalidade do ato de autoridade pública, de forma a desqualificar sua legalidade e qualificar aquele como ato coator.<sup>312</sup>

O direito líquido e certo é caracterizado por possibilitar sua comprovação de plano, o relevante é a prova pré-constituída (documental) dos fatos alegados, uma vez que “se a demonstração do direito do impetrante estiver na dependência de investigação probatória, ainda a ser feita pelo juízo, o caso não é de mandado de segurança.”<sup>313</sup>

<sup>308</sup> Art. 59. O registro ou a distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.

<sup>309</sup> Art. 5º.(...)

LXIX – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

<sup>310</sup> Art.1º da Lei 12.069/2009: Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

<sup>311</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 112.

<sup>312</sup> CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. 3ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 231.

<sup>313</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 19.

Nesse sentido, conclui-se que no mandado de segurança toda matéria de fato alegada estará comprovada por meio de documentos, em outras palavras, toda prova será documental, daí o direito líquido e certo<sup>314</sup>.

No referido remédio constitucional, há uma celeridade, a dilação probatória ocorre previamente, os fatos têm que ser pré-constituídos. Caso o contribuinte queira produzir prova, deverá optar pelas vias ordinárias (ações de procedimento comum, por exemplo, a ação anulatória). O direito, por sua vez, sempre será controverso, isto é, a matéria jurídica pode ser controvertida entre as partes.

Desse modo, percebe-se que a complexidade da matéria fática impede o mandado de segurança. A matéria fática tem que estar comprovada documentalmente. Quando os documentos que comprovariam os fatos alegados pelo impetrante estão em poder da Administração, o art. 6º, §1º. Lei 12.016/2009 permite a impetração do mandado requisitando ao juiz que a Administração Pública faça a juntada dos documentos a fim de buscar a efetividade do resultado do processo.

#### **4.6 Análise normativa das presunções**

A presunção, conforme exposto anteriormente, pode ser visualizada como norma jurídica cuja hipótese se encontrará a descrição do indício que guardará correspondência com a prova juntada e no consequente se encontrará o fato presumido oriundo do processo de interpretação feito pelo operador do direito.<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> Ponte de Miranda lembra que “para que haja certeza sobre o direito e haja a sua liquidez, é preciso que sobre a existência dele não pare dúvida, nem sobre a sua estrutura e sua extensão” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo VI. 1 ed., Campinas: Bookseller, 1998, p. 75)

<sup>315</sup> Florence Haret, ao enxergar a presunção como norma, ensina que: “Do ponto de vista estático, as presunções podem ser assumidas na forma de norma. E não poderia ser diferente, pois tanto o ato quanto o processo de presunção, tanto os enunciados presuntivos hipotéticos quanto aqueles outros concretos, têm caráter normativos. Presunção é norma posta em lei que tem por efeito jurídico a extensão da consequência normativa de um enunciado factual a outro. Ou seja, faz assumir um fato – conhecido e presuntivo - pelo outro – desconhecido e presumido, atribuindo as consequências ou os efeitos jurídicos deste àquele, estendendo os casos aptos a subsumirem à previsão legal. (HARET, Florence. *Teoria e prática das presunções no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 476)

É rotineiro, nas discussões em matéria tributária, ver uma mera menção na certidão de ativa do nome do sócio cujo embasamento é tão somente a descrição de uma das hipóteses do art. 135, III, do CTN.

Ora, alegações de fatos sem as devidas provas com os indícios que confirmem a prática dos atos ilícitos não podem respaldar a presunção de legitimidade dos atos administrativos justamente por não haver o vínculo implicacional que culmine a aplicabilidade da norma de presunção.

Ao fazer uma análise normativa da presunção, apenas o consequente da norma de presunção é visualizado, isto é, o fato presumido, ao passo que o fato presuntivo, que corresponde aos fatos indiciários contidos na hipótese da norma de presunção, não é demonstrado por meio de provas. Nesse sentido, para que a presunção tenha algum efeito jurídico, a sua hipótese tem que ser verificada e ser revestida pela linguagem das provas, caso contrário inviável haver vínculo de imputação.

Daniel Mendonca, inspirado em Ullmann Margalit, faz um interessante exame sobre análise normativa ao colocar duas estratégias<sup>316</sup> para enfrentar as presunções: (i) estratégia de bloqueio, a presunção “Dado  $P$ , deve ser presumido que  $Q$ ”, é bloqueado em um caso  $c$  se e somente se está demonstrado que  $p$  não está sendo provado em  $c$  ou se a negação de  $p$  é provada em  $c$ ; (ii) estratégia de destruição, a presunção “dado  $P$ , deve ser presumido que  $Q$ ” é destruída em um caso  $c$  se e somente se a negação de  $q$  é provada em  $c$ .

Percebe-se daí a importância de provar o fato presuntivo contido no antecedente da norma de presunção no uso da estratégia de bloqueio, ao passo que na estratégia de destruição seu uso é evidenciado quando a não ocorrência do fato presumido é provada no caso concreto.

Fazendo uma correlação com o enunciado do artigo 135, III, do Código Tributária Nacional, se averiguará a regra de presunção na qual a proposição  $p$  corresponderá que a empresa deve o

---

<sup>316</sup> Nas palavras de Daniel Mendonca: “Como se puede notar, la estrategia de bloqueo se dirige a la proposición base de la norma presuntiva ( $P$ ) y se basa en la discusión del valor probatorio de las evidencias aportadas a su favor o en la producción de pruebas a favor de su negación, a diferencia de lo que sucede con la estrategia de destrucción, la que se dirige directamente a la proposición presumida ( $Q$ ) y se basa en la producción de pruebas a favor de su negación. En ambos casos el efecto es el mismo: la presunción no entra a operar en el caso individual. La diferencia principal radica en la carga y dirección de la prueba: quien se beneficia de una presunción sólo debe probar la proposición base, mientras que quien pretende evitar esse beneficio debe producir prueba en sentido contrario, en alguna de dos direcciones: respecto de la proposición presumida. La estrategia de destrucción, obviamente, sólo puede ser empleada cuando la presunción atacada es una presunción *iuris tantum*.” (MENDONCA, Daniel. Presunciones. In: *Cuadernos de filosofía del derecho*, num. 21, 1998, v. 1. p. 97.) Disponível em <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/presunciones-0/>>. Acesso em: 12.03.2019.

tributo em decorrência do excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos, ao passo que a proposição  $q$  irá fazer referência ao sócio com poderes de administração que agiu de forma ilícita.

Preenchidas tais condicionantes, a presunção da responsabilidade tributária estará configurada. No entanto, tal presunção deverá ser bloqueada com a estratégia de bloqueio no momento em que o juiz, por meio de uma evidente presunção absoluta, redireciona a execução fiscal em face do sócio, visto que  $p$  não está sendo provado em determinado caso concreto, isto é, não a linguagem jurídica das provas que confirmem os atos ilícitos descritos no enunciado do art. 135, III, do CTN.

E as provas de que não houve prática de tais atos poderão ser levantadas pela própria autoridade pública, na hipótese de ser inviável ao responsável de produzi-la e, ao mesmo tempo, ser viável da Fazenda Pública de levantá-la. Isso é justificado pela distribuição dinâmica do ônus da prova que o aplicador do direito poderá usar para enriquecer o conjunto probatório o qual contribuirá para a formação de seu convencimento para, ao final, obter um resultado adequado ao processo.

Nesse sentido, destaca-se a necessidade de provar a proposição-hipótese da norma de presunção para que esta possa estar apta a produzir efeitos.

No caso, a autoridade pública tem o dever de provar a prática de tal conduta para que possa dar respaldo à presunção. A eficácia do título se esvai a partir do momento em que não foi juntada a prova que confirme o indício do ato ilícito praticado pelo sócio descrito no antecedente da norma de presunção.

Sendo assim, a Fazenda Pública deverá obter provas sobre a ocorrência dos eventos, e revestir estes em linguagem de maneira a evidenciar o fato jurídico, o qual deve estar denotado na hipótese da norma de presunção.

Se os fatos jurídicos descritos não se encontrarem na linguagem das provas, o ato administrativo estará com sua motivação viciada. O juiz, portanto, deverá expulsar a norma individual e concreto do sistema do direito positivo a partir de outro ato de fala, enunciado performativo cuja função é realizar a ação de ordenar ao prescrever condutas.<sup>317</sup>

Sob esse aspecto a presunção usada pelo Fisco para justificar o pedido de redirecionamento não pode prosperar, visto que os critérios conotativos da norma de presunção não são preenchidos

---

<sup>317</sup> MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2005, p. 60.

dada a ausência de provas, e o juiz, na decisão, tem que visualizar tal situação de antemão. Assim, o conjunto probatório deve confirmar o objeto da prova, pois, caso contrário, restará ao suposto responsável a produção de prova impossível caso a presunção do título executivo produza efeitos.

#### 4.7 A problemática da prova negativa frente às presunções

O enunciado do artigo 204 do Código Tributário Nacional prescreve que “a dívida ativa regulamente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída”. Já o seu parágrafo único dispõe que “a presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser elidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite”.

Pela leitura do referido dispositivo, poderia ser compreendido que a inscrição do débito na dívida ativa conferiria à Autoridade Fazendária o direito de não proceder com a produção probatória sobre a ocorrência fática do evento descrito no fato que originou a obrigação tributária, o que, no caso, o encargo da produção das provas passaria a competir ao contribuinte.

Os atos jurídicos expedidos pela Administração, que irão repercutir na formação da certidão de dívida ativa, são chamados de atos administrativos. Estes são caracterizados pelos atributos da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.<sup>318</sup>

A presunção de legitimidade refere-se à conformidade do ato a lei. Por meio desse atributo, é presumido, até prova em contrário, que os atos administrativos foram confeccionados conforme a lei. Em razão desse atributo, são presumidos verdadeiros os fatos alegados pela Administração para a prática de um ato administrativo.<sup>319</sup>

Um dos efeitos de tal presunção de legitimidade<sup>320</sup> é o de permitir que o ato administrativo opere efeitos de forma imediata, fazendo com que o administrado por ele atingido fique

---

<sup>318</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 421.

<sup>319</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206.

<sup>320</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz uma diferença entre a presunção de legitimidade e veracidade: “Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdoadas, por abrangerem diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância em lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse

vinculado. No entanto, o contribuinte administrado que se sinta lesado pelo ato da Autoridade Fazendária pode apresentar defesa junto a Administração Pública ou ao Poder Judiciário.

O problema maior, nesses casos, é que um dos efeitos do atributo analisado é a inversão do ônus da prova, em outras palavras, quem deve mostrar a presença de vício no ato administrativo espelhado na certidão de dívida ativa (aqui estará a presunção de liquidez e certeza) não é a Fazenda Pública, e, sim, o sujeito passivo da relação jurídica tributária, que, às vezes, fica com dificuldade de realizar a prova negativa, a ponto de ser impossível fazê-la, de forma a se ter uma prova diabólica.

Em que pese isso, a “inversão do ônus da prova” não exime a pessoa jurídica de direito público interno de, caso requerida pelo Estado-juiz, apresentar documentos que comprovem a correlação do ato ao evento ocorrido com o fim de demonstrar a veracidade dos fatos alegados.

Importante assinalar, aliás, saindo da presunção de legitimidade do ato administrativo, que a norma que atribui o ônus da prova na execução fiscal ao executado em relação à tentativa de demonstrar a não existência de liquidez e certeza<sup>321</sup> do título executivo extrajudicial, há de ser interpretada em consonância com o início do enunciado do art. 3º<sup>322</sup> da Lei de Execução Fiscal. Neste há a prescrição de que a mencionada presunção de liquidez e certeza pressupõe a regular inscrição da Dívida Ativa, de forma a caber ao exequente comprovar o estado de regularidade a partir da exibição do procedimento administrativo que constituiu em definitivo o crédito tributário. Desse modo, o juiz poderá examinar todos os elementos de fato e de direito que fizeram o exequente a presumir a existência de um suposto ato ilícito.

Entende-se, assim, que a presunção relativa só será válida quando tiver previsão legal e acompanhada da garantia do direito ao devido processo legal, logo, da ampla defesa e do contraditório. No entanto, percebe-se, em muitos casos, que o contribuinte é prejudicado em situações em que não houve o devido dever de motivação contido no antecedente das normas

---

atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relações às certidões, atestados, (...). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206-207)

<sup>321</sup> No caso a presunção de liquidez e certeza está atrelada à certidão de dívida ativa, título executivo extrajudicial que embasa a execução fiscal.

<sup>322</sup> Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

individuais e concretas oriundas do procedimento administrativo fiscal, isto é, não houve a exposição da descrição dos pressupostos de fato, demonstrando a prática da infração.<sup>323</sup>

#### **4.7.1 A motivação como pressuposto de validade da norma tributária individual e concreta**

Antes de discorrer acerca do necessário do dever de motivação dos atos administrativo, necessário fazer uma análise breve sobre o tema da validade das normas.

Segundo Hans Kelsen, “quando se diz que ‘uma norma vale’, admite-se essa norma como existente”.<sup>324</sup> Seguindo esse raciocínio, Paulo de Barros Carvalho<sup>325</sup> e Lourival Vilanova<sup>326</sup> asseveram que a validade é relação de pertinencialidade de uma norma com o sistema do direito positivo e não uma característica que qualifica a norma, de modo a entender que caso uma norma exista, pertença ao sistema do direito, ela será válida. Na mesma linha, Tárek Moysés Moussallem leciona que a norma apenas existe se pertencer ao sistema: “Carece de sentido falar em norma jurídica fora do sistema do direito positivo.”

Observa-se, dessa forma, que existência e validade se confundem, uma vez que ao admitir que uma certa norma “X” existe em um certo sistema “S”, se estará reconhecendo que a citada norma é válida. Tal norma só será perderá a validade no sistema jurídico, se outra linguagem prescritiva, por meio de ato de fala, vier a invalidá-la.

Asseverar que um enunciado prescritivo é válido significa dizer que ele foi feito conforme as normas de produção normativa do sistema do direito positivo, fora deste ele sequer existe. Percebe-se, portanto, que a validade de um documento normativo consistirá num conceito que é a relação de subordinação existente entre tal documento e uma norma de produção normativa.<sup>327</sup>

<sup>323</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>324</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 3.

<sup>325</sup> BARROS, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100.

<sup>326</sup> VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed., São Paulo: Noeses, 2010, pp. 253-254.

<sup>327</sup> IVO, Gabriel. *Normas jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 122.



No que concerne ao ato administrativo, este, para ter validade dentro do sistema do direito positivo, deverá estar em consonância com os requisitos impostos pelo sistema. No entanto, caso esteja viciado, continuará pertencendo ao sistema até que outra norma a retire.

Assim, preenchidos os pressupostos de validade, tais como: sujeito competente, motivo, requisitos procedimentais, causa e finalidade, o ato administrativo será válido, podendo gozar de sua presunção.

Entretanto, nas demandas que envolvem matéria tributária, há recorrentes problema em relação ao pressuposto do motivo, sobremaneira quanto à motivação. Esta diz respeito à exposição dos motivos na qual, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, estão a fundamentação em que são enunciados “(i) a regra de Direito habilitante, (ii) os fatos que o agente se estribou para decidir e (iii) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e fato praticado.”<sup>328</sup>

Extraí-se, no âmbito tributário, que a motivação do ato administrativo é traduzida na justificação acerca das razões de fato e de direito que culminaram a prática do ato, sempre embasada por meio de provas que confirmem a conduta descrita na norma individual e concreta. Apresentando os elementos probatórios que formam a convicção da autoridade sobre a ocorrência do ato lícito ou ilícito, poderá haver a consideração da norma jurídica, por exemplo, de responsabilidade tributária e, assim, da “relação de pertinência lógica” entre as provas e o ato administrativo feito.

A ideia de motivação, conforme visto alhures, está atrelada a possibilidade do exercício do contraditório a fim de resguardar o devido controle de legalidade do ato. É imperiosa que a norma individual e concreta expedida tenham os elementos comprobatórios que justifiquem sua existência, já que é dever do Fisco se certificar da ocorrência do evento.<sup>329</sup> Na falta de tais elementos o impedimento dos efeitos da presunção do ato é imediato a partir do proferimento de um outro ato de fala produzido pelo aplicador do direito que retirará sua juridicidade no caso concreto.

A par disso, está o incisivo entendimento de Marçal Justen Filho<sup>330</sup>:

---

<sup>328</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 404.

<sup>329</sup> De acordo com José Souto Maior Borges: “O Fisco, entretanto, tem o dever – não o ônus – de verificar a ocorrência da situação jurídica tributária conforme ela se desdobra no mundo fático (...)”. (MAIOR BORGES, José Souto. *Lançamento tributário*, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 121.)

<sup>330</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 368.

“Mesmo no tocante aos fatos, no entanto, a presunção depende de a Administração comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável a fundamentar suas afirmativas. Assim, se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inoccorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos. É impossível provar que um fato não ocorreu; quando muito se pode provar a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação.

Ademais disso, não existe presunção quanto à ocorrência de fatos se a Administração Pública não seguiu o devido processo legal. Ou seja, a Administração não pode afirmar, de modo unilateral e destituído de fundamento, que um fato aconteceu e pretender invocar uma presunção favorável a si, remetendo ao particular o ônus de provar o contrário.

Como decorrência, a presunção quanto à ocorrência ou inoccorrência de fatos não se aplica quando o particular invocar perante o Judiciário a invalidade do procedimento administrativo anterior ao ato questionado (que geraria tal presunção), apontando vícios na atuação administrativa.”

Fazendo análise do ato administrativo como norma (ato-norma administrativo), Eurico Marcos Diniz de Santi destaca que “elementos do ato-norma do ato-norma administrativo são as variáveis que, preenchendo sua estrutura lógica, lhe conferem existência normativa (validade).”<sup>331</sup>

Os elementos correspondem aos pressupostos de validade expostos anteriormente. A descrição do motivo<sup>332</sup> do ato (motivação) é visualizada na hipótese da estrutura do ato administrativo representada pela proposição-hipótese “*F*” :  $D[F \rightarrow Rp(Sa, Sp)]$ .

Observa-se que sem a motivação não haverá a viabilidade de fundamentar o consequente da norma no qual constitui-se a relação jurídica. A construção do fato jurídico na hipótese da norma individual e concreta, através das provas admitidas, é constituída na própria motivação do ato administrativo, pressuposto sem o qual o ato não subsistirá.<sup>333</sup>

Dessa forma, não descrito e provado que o sócio praticou um ato ilícito, o lançamento realizado pela autoridade fiscal deverá ser invalidada, já que um critério da hipótese não foi enquadrado.

<sup>331</sup> SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 98.

<sup>332</sup> Eurico Marcos Diniz de Santi ensina que o motivo, por ser apenas um pressuposto de fato, não compõe a hipótese do ato norma, de modo que a motivação, como descritora do evento, é a que se encontra no antecedente da norma individual e concreta: “O motivo do ato é pressuposto fático e por tratar-se de fato não pode compor estrutura normativa proposicional. O que ingressa na estrutura normativa do ato-norma é a sua descrição: a enunciação linguística do motivo do ato. Ou seja, é a motivação que integra a estrutura normativa do ato-norma como seu antecedente normativo em nexo de causalidade (imputação) com seu consequente normativo: a relação jurídica intranormativa. (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2 ed.. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 109)

<sup>333</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. Efetividade do direito e a “carga dinâmica probatória” prevista no Código de Processo Civil de 2015: implicações nos processos tributários. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); SOUZA, Priscila de (Org.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 398.

#### 4.7.2 A presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa

No que concerne à certidão de dívida ativa, cuja constituição é espelhada e oriunda lançamento tributário, na ausência da regularidade na feitura da norma individual e concreta, deverá perder sua validade em razão de não retratar, de modo fidedigno, todo o teor do lançamento tributário, não havendo que falar, portanto, em presunção de liquidez e certeza do título executivo extrajudicial.

Não obstante isso, tal norma individual e concreta só perderá sua validade se uma outra norma lhe retirar sua juridicidade, de forma a decretar, assim, sua invalidade. Caso contrário, continuará pertencendo ao sistema do direito positivo.

Embora haja a presunção no plano da existência, os efeitos de tais normas podem ser paralisados por um outro ato de fala, sendo que este pode ser respaldado pela novidade trazida pelo artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil que permite a distribuição dinâmica do ônus da prova, na hipótese de restar evidente que a prática daquela conduta no antecedente da norma individual e concreta esteja viciada.

Logo, por meio de tal técnica, pode-se chegar a uma decisão que tire os efeitos da presunção relativa da certidão de dívida ativa feita pela Procuradoria da Fazenda, em razão da autoridade fiscal não ter exercido seu dever de motivação provando a prática do ato ilícito pelo sócio. Apresentando os subsídios probatórios acerca do fato jurídico tributário, o sujeito ativo deve demonstrar a prática ou não da conduta ilícita do responsável.

Conforme apresentado anteriormente, no processo judicial, o ônus da prova é dividido conforme o critério de responsabilidade pelas alegações, segundo estabelece o art. 373 e seus incisos. A dinâmica da prova estabelece uma possibilidade de examinado uma situação concreta verificar quem é que tem a possibilidade ou a dificuldade de produzir a prova.<sup>334</sup>

---

<sup>334</sup> Cândido Rangel Dinamarco explica que “Nunca os encargos devem ser tão pesados para uma das partes, que cheguem ao ponto de dificultar excessivamente a defesa de seus possíveis direitos. Considera-se cumprido o *ônus probandi* quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência do fato, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente atingirá (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. v. 3, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 81)

Na hipótese de uma prova ser de difícil realização por uma das partes, o que é muito comum no âmbito dos processos tributários, o juiz pode determinar que essa prova possa ser produzida por outra parte que tenha maior facilidade de produzi-la. Situações, por exemplo, em que o sócio responsável não tenha os documentos em mãos para ingressar com uma ação e, por conseguinte, poder questionar um redirecionamento de execução fiscal feito indevidamente sem provas dos atos ilícitos praticados.

Ao se deparar com uma prova negativa difícil de ser produzida no caso concreto pela parte e, paralelo a isso, restar demonstrada a facilidade da exequente de produzir, o magistrado deverá aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova para obter a efetividade com o resultado do processo.

Por falar em provas negativas é viável a existência de fatos negativos, visto que fatos são enunciados linguísticos, afirmativos ou negativos. O que é inadmissível é um evento negativo, já que, o evento é um acontecimento, de maneira a ser necessariamente positivo.

Sabe-se que nas execuções fiscais, compete às Procuradorias da Fazenda apresentarem a certidão de dívida ativa como causa de pedir e, assim, embasar a execução fiscal. Tal título executivo extrajudicial é um extrato retirado do ato de inscrição na Dívida Ativa da Fazenda Pública a qual, por sua vez, segundo art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/80<sup>335</sup>, se volta ao controle de legalidade da apuração de liquidez e certeza do crédito tributário, de maneira a verificar a continuação do ciclo de positividade.

Essa presunção de liquidez e certeza, entretanto, é relativa (*juris tantum*), viabilizando ser superada mediante a comprovação em sentido contrário de que o ato administrativo não foi feito consoante as regras ditadas pelo sistema jurídico. Dessa forma, a princípio, por meio de embargos à execução fiscal caberia ao embargante o ônus de provar a alegação de fato desconstitutivo da CDA, sobre a qual recai a presunção de liquidez e certeza.

---

<sup>335</sup> Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (...)

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Ocorre que nem todos os fatos podem ser provados em sua integralidade pelo executado, sobretudo no que se refere a prova de fatos negativos, razão pela qual torna-se impreterível ponderar acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo.

Nessas situações, normalmente, a produção da prova negativa, haja a vista a não ocorrência da hipótese de incidência de um determinado tributo cobrado, deve ser feita por meio de alegação de ocorrência de fato diverso do constitutivo da relação jurídica tributária.

No entanto, é inteiramente possível que a alegação de fato diverso não seja aplicável a determinados casos. O contribuinte ou responsável tributário, em sua defesa, deve apresentar considerações nesse sentido demonstrando a inteira impossibilidade de produção de prova, de modo a possibilitar ao juiz a aplicação da redistribuição do ônus da prova, ainda que diante da presunção relativa da Certidão de Dívida Ativa, uma vez que houve apenas a descrição do enunciado prescritivo (artigo 135, III, do CTN) sem ter observado a linguagem das provas no âmbito do processo administrativo confirmando a prática dos atos ilícitos.

O juiz, desse modo, poderá expedir ato de fala, respaldado no enunciado prescritivo do artigo 373, § 1º do Código de Processo Civil, para buscar a efetividade da tutela jurisdicional a fim de alçar a busca da “verdade” no processo, conforme almeja ao enunciado do artigo 77, inciso do CPC/2015.

Nessa linha de raciocínio, a “inversão do ônus da prova” não pode ter o fito de exonerar a Fazenda Pública de provar os fatos que alega, ou seja, “a presumida legitimidade do ato permite à Administração aparelhar e exercitar, diretamente, sua pretensão e de forma executória, mas este atributo não a exime de provar o fundamento e a legitimidade de sua pretensão.”<sup>336</sup>

Conforme visto antes, no ciclo de positivação da norma tributária, o lançamento, enquanto ato jurídico-administrativo, deve ser fundamentado, isto é, a Autoridade deve oferecer prova convincente de que o evento ocorrido no mundo fenomênico guarda correspondência com as notas da hipótese normativa.<sup>337</sup> Toda precaução é importante, tendo em vista que dentro de tal ciclo de positivação, outra norma individual e concreta será formada, representada pelo título executivo extrajudicial, o qual irá refletir em seu teor o conteúdo do lançamento definitivo.

---

<sup>336</sup> BONILHA, Paulo Celso B. *Da prova no direito administrativo*. São Paulo, Dialética, 2001, p. 75.

<sup>337</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. A prova no procedimento administrativo tributário, *in: Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 34, São Paulo, Dialética, jul/1998, p. 104.

Nota-se, portanto, que se valer da presunção de legitimidade do lançamento tributário, bem como da presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa para conferir ao contribuinte ou responsável tributário o ônus da prova em contrário é, por vezes, equivocada, visto que para gozar dessa presunção o ato tem que atender, de forma correta, a todos os requisitos legais necessários. Caso contrário, a norma individual e concreta expedida estará viciada sem poder propagar os efeitos da presunção na hipótese de um outro ato de fala se sobreponha ordenando a distribuição dinâmica do ônus da prova.

#### **4.7.3 Análise da Súmula 397 do STJ**

Outro exemplo de recebimento do encargo de produzir uma prova negativa impossível é nos casos do enquadramento da Súmula 397 do STJ em determinado caso concreto. Tal enunciado sumular possui o seguinte teor: “O contribuinte do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) é notificado do lançamento pelo envio do carnê ao seu endereço”.

O envio do carnê de IPTU pelo ente municipal não pode ser o bastante para ser visualizada a notificação do lançamento, uma vez que é impossível ao contribuinte repelir a presunção de certeza e liquidez do título comprovando que não recebeu a notificação do débito tributário. O aviso de recebimento que atesta o recebimento ou não do carnê pelo sujeito passivo da relação jurídica tributária é fundamental para que comprove a notificação, visto que, caso contrária sobreria ao contribuinte a produção de uma prova impossível. A produção de uma prova impossível, dessa maneira, é notória, de forma ser inteiramente cabível o conteúdo do § 1º, art. 373, do Código de Processo Civil.

Assim, ainda que os atos administrativos apresentem características que objetivam conferir garantia aos administrados e prerrogativa à pessoa jurídica de direito público, como a presunção de legitimidade, da qual é extraído que o ato seja considerado regularmente praticado até que outra linguagem prescritiva determine o contrário com o escopo de invalidá-lo, tal presunção não retira do município o dever de comprovar a materialização do fato jurídico e das suas circunstâncias. Tais expedientes dependem da evidenciada demonstração da ocorrência dos motivos que os justificaram.

Dado o exposto, configurada a impossibilidade pelo contribuinte de provar que não recebeu a notificação de lançamento do IPTU, restará ao juiz aplicar o teor do § 1º, art. 373 do CPC a fim

de alcançar um resultado mais adequado a partir da observância da busca pela efetividade da tutela jurisdicional.

#### **4.8 A norma de responsabilidade tributária no redirecionamento da execução fiscal e o problema da prova: aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova**

##### **4.8.1 A norma de responsabilidade tributária de terceiros**

Pela leitura dos incisos do artigo 135 do Código Tributário Nacional, extraem-se as hipóteses de responsabilidade tributária pessoal dos sócios-administradores de empresas que agem com excesso de poder ou infringiram à lei ou ao estatuto social.

Do teor do mencionado artigo, nota-se que o elemento subjetivo diz respeito ao agir com a intenção de praticar o ilícito, daí nascerá a responsabilidade.<sup>338</sup> Nesse sentido, o dolo e a intenção de prejudicar terceiro deverão estar intrinsecamente ligados à possibilidade de responsabilização sobre o crédito tributário devido.

Cabe observar, diante disso, que a figura do contribuinte se distingue da figura do responsável, uma vez que aquela é oriunda da prática do critério material localizado na hipótese da regra-matriz de incidência tributária, enquanto que o responsável não está ligado à prática da hipótese de incidência do tributo, mas apenas em razão de atos descritos em lei, daí se configurará a responsabilidade.<sup>339</sup>

Imperiosa estabelecer, de forma sucinta, a distinção entre a norma de incidência e a norma de responsabilidade. Nesta, a estrutura é: se praticada a conduta por A, então deve ser a obrigação do responsável pagar X no lugar do contribuinte. Já na regra de incidência, a hipótese contém a prática do critério material do tributo por parte do contribuinte, o qual, espelhado no critério pessoal do consequente da regra, deverá pagar o tributo Z.

---

<sup>338</sup> FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 139.

<sup>339</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 234.

Observa-se, assim, que tais normas possuem produção probatória e procedimentos diferentes. Tanto os pressupostos para aplicação de tais regras e quanto as provas para verificar tais hipóteses são diversos, o que demonstra o dever da autoridade fiscal de demonstrar o fato que ocasionou a incidência do tributo, bem como o fato que deu ensejo à responsabilidade. Feita a produção de provas de ambas e comprovada a prática, viável a inserção das duas relações jurídicas no mundo do dever-ser.

Feita essa distinção inicial, a norma de responsabilidade tributária, a partir da leitura do enunciado do artigo 135 do Código Tributário Nacional, possui em sua hipótese os seguintes critérios conotativos: (i) sujeitos com poderes de administração que tenham praticado e (ii) atos dolosos com excesso de poder ou ato de infração de lei, contrato social ou estatutos, ao passo que em seu consequente averiguará a responsabilidade pessoal do sócio-administrador de pagar o valor referente ao crédito tributário, daí surgindo uma nova relação jurídica depois do vínculo de imputação.

Maria Rita Ferragut, ao estudar a norma de responsabilidade tributária do enunciado do artigo 135, fez a estruturação lógica desta da seguinte forma:

$\text{“D } \{F \rightarrow [(SRS'') - (SRS')]\}$ , em que:

D = functor deôntico não-modalizado (dever-ser)

F = antecedente da norma de responsabilidade, que corresponde a uma conduta dolosa praticada por S'', com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, e que resultou no fato que gerou a obrigação tributária;

(S R S'') = relação jurídica de responsabilidade tributária, mantida entre o Fisco e administrador;

S = credor (sujeito ativo da relação jurídica tributária);

S' = contribuinte;

S'' = responsável;

R = objeto da relação jurídica tributária;

$\rightarrow$  = operador implicacional;

“.” = conectivo lógico aditivo;

- (S R S'') = negação da relação entre o Fisco e o contribuinte, de forma que este sujeito não integrará o polo passivo da relação jurídica tributária.”



E para a incidência da norma de responsabilidade, o Fisco, por meio da linguagem das provas, deverá comprovar que o sócio-administrador atuou com excesso de poderes ou infração à lei ou ao contrato social e que dessa conduta originou a inadimplência da pessoa jurídica descrita na hipótese da norma.

Ocorre que, com frequência, não há produção de provas, nem há garantia do contraditório e da ampla defesa para o responsável antes da construção de outra norma individual e concreta representada pela decisão que redireciona a execução fiscal. Num claro exemplo de presunção absoluta, o magistrado redireciona a execução sem se ater se ocorreu o contraditório prévio para o responsável refutar as descrições contidas na certidão de dívida ativa.

É de bom tom frisar que o mero inadimplemento não autoriza a responsabilização, conforme ensina Betina Treiger Grupenmacher<sup>340</sup>.

O mero inadimplemento da prestação tributária, contudo, não a autoriza a desconsideração da personalidade jurídica do contribuinte e a responsabilização do sócio, do gerente e do administrador. Para que a personalidade jurídica seja desconsiderada e, consequentemente, o débito seja redirecionado para os administradores, a autoridade fazendária deve demonstrar – de forma inequívoca – a prática de ação dolosa anterior ao nascimento da obrigação tributária e responsável pelo seu nascimento, para, após tal providência, inseri-los na condição de sujeito passivo da obrigação tributária.

Observa-se que para a produção da norma individual e concreta da responsabilidade tributária, deve-se ter um conjunto de provas que respalde o fato jurídico da obrigação tributária contra o terceiro, já que somente é considerado jurídico o fato que subsistir à aplicação das provas em direito admitidas.

O vínculo de imputação, assim, só deverá ocorrer se provados os atos ilícitos descritos na hipótese da norma da norma de responsabilidade tributária. Provado e demonstrado o critério material da norma, o magistrado constituirá, por meio de linguagem competente, a relação de responsabilidade tributária procedendo, dessa forma, com o redirecionamento da execução fiscal com decisão devidamente fundamentada.

Em que pese isso, nota-se que em determinadas questões, o responsável tributário possui dificuldade de realizar a produção de prova negativa, e o pior, se vê cerceado do contraditório

---

<sup>340</sup> GRUPENMACHER, Betina Treiger. Critérios para exigência dos responsáveis tributários, em face da previsão de “incidente de desconsideração de personalidade jurídica, no novo CPC de 2015, in: *Grandes questões atuais de direito tributário*, 19º volume. São Paulo: Dialética, 2015, p. 14.

e da ampla defesa no ato do redirecionamento, sendo que sequer tenha tido uma discussão acerca da suposta conduta ilícita na esfera administrativa.

Por essa razão, diante da hipótese de o responsável ter dificuldade de produzir a prova e, concomitantemente, da necessidade de observar as garantias do contraditório e da ampla defesa, a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, instituto processual discutido anteriormente, bem como da distribuição dinâmica do ônus da prova tornam-se meios necessários para obter uma tutela jurisdicional justa e adequada.

#### **4.8.2 A questão da prova e o redirecionamento da execução fiscal em face do sócio responsável: a necessária distribuição dinâmica do ônus da prova**

Desrespeitados os deveres contidos na relação jurídica do consequente da norma primária, dar-se-á início à manifestação do Estado-juiz na norma secundária com a provocação da Fazenda Pública por meio da execução fiscal.

Sabe-se que no curso da execução fiscal, o magistrado, após requerimento do sujeito ativo, poderá redirecionar a execução em face do sócio-administrador, no entanto deverá ficar atento à materialidade da norma de responsabilidade tributária.

No âmbito tributário, é muito comum a pessoa jurídica de direito público realizar a inserção do nome do sócio-administrador na certidão de dívida ativa com fundamento no enunciado do artigo 135, III, do CTN para iniciar uma execução fiscal. Há situações também em que não há a indicação do nome do responsável na Certidão de Dívida Ativa para que este responda de forma pessoal para com o débito tributário.

Diante disso, no plano do redirecionamento feito após o início da execução fiscal, importante destacar duas problemáticas. A primeira por se referir a um incidente processual em cujo pedido há a inclusão do sócio na polo passivo da execução fiscal, no entanto não houve a produção de título executivo que contivesse o novo sujeito como devedor. Desse modo, infere-se que não pode haver presunção de legitimidade do sócio-administrador como novo executado.

Ademais, somado a isso, há o problema da não produção probatória, além de não ter ocorrido a oportunidade de sócio-administrador de contrapor à prova oferecida de forma unilateral pelos representantes do Fisco.

Logo, percebe-se que a decisão que determinar a responsabilidade pessoal do sócio-administrador só poderá ocorrer após a participação do responsável com os devidos meios de provas apresentados, norteado pelo procedimento adequado, sempre em respeito ao ditame constitucional do devido processo legal.

Regressando brevemente ao âmbito da norma primária, sabe-se que na produção da norma individual e concreta da responsabilidade tributária depreende o dever de produção de provas pela Fazenda Pública para embasar o fato que constitui a obrigação tributária.<sup>341</sup>

Para haver a imputação da norma com a inserção do terceiro no polo passivo da relação jurídica de direito material a fim de alterar ou constituir vínculo contido inicialmente na regra-matriz de incidência tributária, é necessário o uso de determinado procedimento de produção probatória para alcançar a verdade jurídica, sempre mediante a relação dos enunciados linguísticos dos fatos alegados e das provas apresentadas.

Feita a constituição da relação de responsabilidade pelo lançamento tributário, a execução fiscal deverá ser proposta contra tal responsável denotado, de maneira a ter, assim, tão somente um veículo introdutor de norma individual e concreta que fixará os sujeitos ativo e passivo das relações de direito material e de direito processual.

Nota-se, desse modo, a vinculação sintática, semântica e pragmática que deverá ter entre a norma primária e a secundária, tendo em vista que o vínculo processual do sujeito passivo da exigência tributária e a correspondente responsabilidade patrimonial são oriundos da relação jurídica de direito material visualizada na norma primária, e desta, via de regra, são inerentes.

Ocorre que quando há a frustração da execução fiscal em face da pessoa jurídica, a Fazenda Pública requer, de modo instantâneo e indistinto, a responsabilização e o redirecionamento da

---

<sup>341</sup> Paulo de Barros Carvalho atesta que “os fatos jurídicos serão aqueles enunciados que puderem sustentar-se em face das provas em direito admitidas. (...) o discurso prescritivo do direito posto indica, fato por fato, os instrumentos credenciados para constituí-los, de tal sorte que os acontecimentos do mundo social que não puderem ser relatados com tais ferramentas de linguagem não ingressam nos domínios do jurídico, por mais evidentes que sejam.” (CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamento jurídicos da incidência*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 157)

execução aos sócios, conquanto não sejam comprovadas as condutas descritas na hipótese da norma de responsabilidade tributária, de modo a onerá-los com a constrição de seu patrimônio.

Assim, entende-se que a mera manifestação da Procuradoria não pode ser um ato hábil a motivar a efetivação da responsabilidade tributária, uma vez que, além da linguagem das provas que confirmem os atos ilícitos praticados na hipótese da norma de responsabilidade, os primados do contraditório e da ampla defesa devem ser observados obrigatoriamente pelos aplicadores do direito. Porém, tal raciocínio não é levado em conta pelo Estado-juiz.

Nas discussões judiciais tributárias, o responsável tributário, por vezes, depara-se com obstáculos para realizar a defesa no âmbito judicial. Caso opte pela exceção de pré-executividade, ele não poderá fazer uma cognição profunda, já que tal meio não permite ampla dilação probatória, visto que é exigida uma prova pré-constituída.

Outro meio de defesa a escolher são os embargos à execução fiscal, no entanto, tais embargos representam um instrumento oneroso ao responsável, uma vez que terá que garantir o juízo para que ocorra a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com o depósito integral do débito ou com outras hipóteses do artigo 151, do Código Tributário Nacional.

Não obstante os meios de defesa disponíveis, o responsável esbarra na fixação do entendimento do STJ no sentido de que na hipótese, por exemplo, do sócio ser indicado na CDA (o que, a propósito, pressupõe uma discussão prévia sobre a relação que estabelece a responsabilidade tributária), será dele o ônus da prova de que não praticou as condutas ilícitas, uma vez que tal título executivo extrajudicial possui presunção de liquidez e certeza.

Infelizmente, contrária à busca de mais elementos probatórios que confirmem a ocorrência dos eventos ocorridos no mundo fenomênico, a corrente jurisprudencial é pacífica no que tange ao respaldo da desnecessidade da Fazenda Pública de provar que o agente cometeu alguma das hipóteses do art. 135 do Código Tributário Nacional, de maneira a “inverter” o ônus da prova ao responsável, cabendo a este provar que não cometeu nenhum dos atos ilícitos em razão de

seu nome estar inserido na certidão de dívida ativa. Nesse entendimento, encontram-se os teores dos julgados do Recurso Especial 1.104.900/ES<sup>342</sup> e do Recurso Especial 1.512.277/ES.<sup>343</sup>

<sup>342</sup> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". 2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras. 3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (STJ – Resp: 1104900/ES 2008/0274357-8, Relator: Ministra Denise Arruda, Data de julgamento: 25/03/2009, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de publicação: 20090401 – Dje 01/04/2009).

<sup>343</sup> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO NO PÓLO PASSIVO DE REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA CUJO NOME CONSTA DA CDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.IMPOSSIBILIDADE. 1. Agravo de instrumento interposto pela Fazenda Estadual contra decisão que acolheu exceção de pré-executividade oposta por responsável tributário constante da Certidão de Dívida Ativa, excluindo-o do pólo passivo da execução fiscal. 2. A questão controvertida desdobrou-se em dois aspectos: (i) a admissibilidade da exceção de pré-executividade para discutir a legitimidade passiva de sócio que figura como responsável tributário na CDA; (ii) a caracterização do vício em si na constituição do crédito tributário, em relação ao aludido sócio, tendo em vista ausência de notificação deste na seara administrativa, conforme processo administrativo fiscal juntado na exceção de pré-executividade. 3. O Tribunal de origem prestou jurisdição completa, tendo em vista que analisou de maneira suficiente e fundamentada os pontos relevantes da controvérsia, denotando-se dos embargos de declaração mero inconformismo contra julgamento desfavorável. 4. No âmbito da exceção de pré-executividade, é possível o exame de defeitos presentes no próprio título que possam ser conhecidos de ofício pelo magistrado, além de matérias de defesa que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 5. A Primeira Seção consolidou o entendimento de que: (i) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN; (ii) apesar de serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, admite-se a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado (REsp nº 1.104.900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, DJe 01/04/2009). 6. No julgamento do REsp nº 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção deixou assente que não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa, porque a demonstração de inexistência da responsabilidade tributária cede à presunção de legitimidade assegurada à CDA, sendo inequívoca a necessidade de dilação probatória a ser promovida no âmbito dos embargos à execução. 7. Sendo os embargos o meio próprio de defesa na execução fiscal, só há margem para discutir a ilegitimidade passiva em exceção de pré-executividade nas situações em que o nome dos sócios não constam da CDA e desde que não haja necessidade de dilação probatória. 8. Agravo regimental desprovido. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora. (AgRg no REsp 1512277 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2015/0011405-9).

Maria Rita Ferragut, indo de encontro a tal entendimento, destaca que a Fazenda Pública não pode ficar atrelado apenas a um fato alegado descrito na certidão, sem necessidade de provar os indícios:

“Da mesma forma que o auditor intima o contribuinte para esclarecer lançamentos contábeis, tempo e forma de integralização de capital, localização de bens do ativo circulante, depósitos bancários não contabilizados etc., poderá, igualmente, intimá-lo para identificar a autoria de um ato de má gestão empresarial. Se o fiscalizado não apresentar os esclarecimentos, a fiscalização estará autorizada a presumir que é o responsável pelo departamento fiscal, o administrador, o sócio etc., a depender do caso concreto. Por outro lado, é absolutamente reprovável dispensar a produção probatória por parte do Fisco, quando o nome do administrador constar da CDA, se a prática do ilícito é condição de validade da aplicação da norma de responsabilidade pessoal ou por infrações. O ilícito deve existir, mas “não precisa ser provado”. Em última instância, é o mesmo que afirmar que a jurisprudência considera irrelevante sua ocorrência fenomênica, já que a única condição necessária para sua validade é a mera alegação.”

Do caso em tela, é observado que há um confronto entre a presunção de relativa da certidão de dívida ativa e o dever de provar a existência das hipóteses descritas no art. 135 para respaldar o redirecionamento da execução fiscal. Nesse aspecto, lamentavelmente, o STJ entende que a força presuntiva da certidão de dívida ativa atua como regra de distribuição do ônus da prova, de maneira a colocar o sujeito passivo a responsabilidade de produzir prova em contrário.

Nessa seara, a distribuição dinâmica do ônus da prova contida no § 1º do art. 373 evita que o sócio realize uma difícil produção de prova de que não realizou os atos descritos no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. Ora, a mera menção deste dispositivo na certidão de dívida ativa, causa de pedir da execução fiscal, não pode servir de suporte para a formação de convicção do julgador, já que houve cerceamento de defesa antes mesmo da confecção da CDA.

Percebe-se, de modo contumaz, que o responsável fica fadado a realizar a produção de uma prova impossível, uma prova diabólica, visto que não tem como provar que não praticou os atos ilícitos que fundamentam o redirecionamento, dado que não teve sequer a oportunidade de se defender anteriormente.

Observa-se que tal ato culmina em um dispendioso trabalho por parte do responsável para provar que não cometeu nenhum dos atos ilícitos descritos. E a principal razão da dificuldade de provar deve-se ao gozo de presunção de liquidez e certeza<sup>344</sup> do título executivo

---

<sup>344</sup> O teor do caput do artigo 204 do Código Tributário Nacional é, respectivamente, “a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída”. Já o teor do seu parágrafo

extrajudicial, de maneira a possibilitar à Fazenda Pública de não produzir prova acerca da descrição do fato que supostamente se enquadrou na hipótese da norma que culminou na obrigação tributária.

Por isso, a necessidade de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (embora parte da doutrina discorde da sua aplicabilidade, conforme exposto no item 4.5.1.3), bem como, da indispensável distribuição dinâmica do ônus da prova antes do redirecionamento a fim de buscar uma maior efetividade do processo.

Na distribuição dinâmica do ônus da prova há a viabilidade de ter o deslocamento do objeto da prova<sup>345</sup> o qual deixará de ser o fato alegado constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, e passará a traduzir no fato alegado da impossibilidade probatória ou da maior facilidade alheia.

O juiz, ao distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, propiciará o alcance de um resultado justo e adequado em consonância com as normas fundamentais apregoadas pelo Código de Processo Civil, haja vista a do efetivo contraditório e da cooperação. É inadmissível que uma mera alegação seja uma condicionante suficiente para aplicar a norma de responsabilidade tributária pessoal do artigo 135, do Código Tributário Nacional, de maneira a relegar a segundo plano a prova da ocorrência do evento descrito no antecedente da norma no mundo fenomênico.

É sabido, ainda, que o enunciado prescritivo do artigo 77, inciso I, do Código de Processo Civil dispõe que são deveres das partes expor os fatos conforme a verdade. E esta, embora inacessível em sua integralidade, deverá ser construída pelas partes por meio da linguagem das provas.

No entanto, nota-se que o problema de correlacionar os fatos com a verdade inicia-se logo no início do ciclo do processo de posituação da norma tributária no momento da expedição da norma individual e concreta representada pelo lançamento definitivo com a ausência do dever de motivação, ainda no âmbito administrativo. Em seguida, o problema se desdobra na CDA, já que esta reflete os elementos denotativos do lançamento.

Destarte, questionada a presunção relativa e expedido um ato de fala pelo juiz com a realização da ação de ordenar a distribuição dinâmica do ônus da prova, essa nova norma retirará os efeitos da presunção de liquidez e certeza do título executivo, devendo o sujeito ativo da execução

---

único é “a presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser elidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro que aproveite.

<sup>345</sup> TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2016, p. 396.

fiscal provar as condutas ilícitas descrita no antecedente da norma de responsabilidade tributária. A dispensa da produção de provas pelo Estado é incabível na hipótese do nome do sócio estiver na CDA, uma vez que a prática da conduta ilícita é condição de validade do uso da norma de responsabilidade pessoal, e isso tem que estar provado.

A Fazenda Pública deverá juntar elementos probatórios da ocorrência do evento descrito da norma almejando a verdade por coerência por meio da relação de linguagens, ou seja, entre o enunciado da linguagem das provas e o enunciado correspondente ao fato alegado. Compreende-se, por conseguinte, ser inadmissível redirecionar sem que sejam analisados os elementos subjetivos da responsabilidade, assegurados sempre o contraditório e a ampla defesa.

O responsável apenas pode ocupar a posição de terceiro responsável caso haja a demonstração de uma das hipóteses previstas de forma legal, sempre traduzida na linguagem competente das provas<sup>346</sup>. Eis, desse modo, a viabilidade do direito criar suas próprias realidades, conferindo aos fatos do mundo fenomênico uma imagem peculiar com significação própria.

Diante dessa circunstância, o juiz, norteado pelas normas fundamentais do Código de Processo Civil tais como o efetivo contraditório e a cooperação, deverá usar de seu poder-dever para dar início à distribuição dinâmica do ônus da prova, a partir de uma decisão motivada, visando alcançar uma proximidade com os fatos tal como aconteceram e formar o seu convencimento concretizando a busca por um resultado efetivo no processo.

---

<sup>346</sup> Nesse contexto, é o sucinto e explicativo do professor Paulo César Conrado: “se a obrigação do responsável não é constituída administrativamente (via lançamento ou ato equivalente) – como de fato não é nos casos de “encerramento inidôneo” constatado no curso da execução fiscal –, isso significa que sua constituição se dá em nível judicial. Por outra: a autoridade judicial (e não a administrativa, como ordinariamente ocorreria) seria a responsável pela tradução em linguagem juridicamente relevante do “fato gerador” da obrigação pertinente ao corresponsável – assim como dela própria, a obrigação em questão. E tudo isso, no curso do processo que serviria de base para a cobrança do crédito respectivo (...) tudo, absolutamente tudo, fora, portanto do padrão usual.” (CONRADO, Paulo César. Redirecionamento como forma (esdrúxula) de constituição da obrigação tributária (relativamente ao terceiro responsável) e de aparelhamento da lide executiva fiscal (contra aquele mesmo terceiro). In: *Processo tributário analítico*. 2 ed. São Paulo: Noeses, v. 2, 2016, p. 205.



## CONCLUSÕES

Esta dissertação teve o enfoque de analisar a aplicabilidade da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova nas demandas que envolvem matéria tributária. Para tanto, buscou delinear a problemática que envolvem as presunções e as provas negativas a serem produzidas pelo sujeito passivo da relação jurídica tributária.

A par disso, houve a necessidade correlacionar tal delineamento com as normas fundamentais contidas nos enunciados prescritivos dos artigos 1º ao 12 a fim de mostrar que o Estado-juiz, antes de expedir a norma individual e concreta, deverá se ater a tais normas a fim de trazer um provimento jurisdicional adequado.

No primeiro capítulo, procurou-se expor a delimitação do objeto de estudo e fazer a correlação de conhecimento e verdade no processo, sempre sob a perspectiva da linguagem. O estudo da definição do conceito de norma jurídica, a relação entre prova e verdade e a necessária distinção entre “evento”, “fato” e “fato jurídico” serviram de suporte para o desenvolvimento do trabalho.

Em seguida, já no segundo capítulo, fez-se o estudo sobre o instituto da prova expondo as várias definições acerca desta, para em seguida, discorrer acerca da cognição feita pelo juiz a partir do percurso gerador de sentido no qual o intérprete transita pelo planos da linguagem para construir a norma que terá relação de pertinencialidade com o sistema do direito positivo.

Paralelo a isso, os critérios de valoração da prova foram esmiuçados a fim de demonstrar a prevalência do sistema de persuasão racional na qual fixa o dever do juiz de sempre motivar suas decisões para que possa ocorrer o efetivo contraditório no diálogo entre os sujeitos de direito no processo.

O terceiro capítulo, por sua vez, teve o escopo, de antemão, de fixar a diferença entre os signos “ônus” e “obrigação” a fim de demonstrar que no processo o ônus possui o sentido de encargo, isto é, uma faculdade processual que o sujeito tem para exercer, restando evidenciado que não pode ter o sentido de dever. Entretanto, no momento em que há distribuição dinâmica a partir de uma decisão judicial, a parte adversa terá o dever de provar em observância à norma fundamental do Código de Processo Civil do art. 6º que impõe o dever de cooperação.

Ainda no referido capítulo, buscou-se discorrer que, embora haja a distinção, com fins de estudos analíticos, de ônus da prova de caráter objetivo e de caráter subjetivo, o que prevalece

é o entendimento de que o ônus da prova deve ser visto sob uma dupla perspectiva, uma vez que uma função não subsiste a outra. Ademais, a temática das presunções foi descrita expondo suas características e detalhando suas espécies.

Dando sequência, no último capítulo, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova foi analisada, de maneira a examinar a sua aplicabilidade nas demandas tributárias, sobretudo no que concerne aos casos envolvendo a responsabilidade tributária de terceiros, nas hipóteses em que os responsáveis não tiveram a garantia do contraditório e da ampla defesa de modo prévio.

Além de evidenciados os requisitos de tal técnica e a observância necessária às normas fundamentais contidas no Código de Processo Civil no momento da aplicação do direito, o presente trabalho buscou expor a problemática das presunções ao fazer uma análise normativa destas. Percebeu-se que a materialidade da hipótese da norma de presunção não é revestida em linguagem das provas, ou seja, não há um arcabouço probatório que confirme os fatos alegados pela Fazenda Pública restando claro a ausência da motivação dos atos praticados.

Dessa forma, averiguou-se que para haver o vínculo de imputação da norma de presunção é necessária a prova dos fatos presuntivos contidos no antecedente da norma. Assim, sem provas não pode haver a visualização do fato presumido no consequente normativo, o que acarreta a não produção de efeitos.

Em que pese isso, conforme demonstrado, os sócios-administradores possuem dificuldades de realizar a produção de provas negativas quando há o redirecionamento da execução fiscal cujo embasamento, normalmente, é feito em cima das hipóteses de ato ilícito do art. 135 do Código Tributário Nacional.

Alegando a presunção de liquidez e certeza da certidão de dívida ativa e o entendimento dos Tribunais Superiores quanto ao ônus do responsável de provar o seu não enquadramento nas hipóteses de responsabilidade pessoal tributária, os juízes procedem com o redirecionamento ainda que não haja prova que ratifique os fatos alegados pela Fazenda Pública.

Paralelo a isso, frise-se que o critério conotativo da hipótese da norma de responsabilidade tributária não é determinado no caso concreto ao não ficar comprovado o dolo da conduta supostamente praticada pelo responsável. Para atribuição da responsabilidade tributária, a Fazenda Pública tem o dever de provar o ato ilícito ao sócio com poderes de administração.

Diante disso, resta ao sócio a produção de prova impossível, uma vez que fica cristalina a dificuldade de obter documentos junto ao Estado para provar o não exercício do ato ilícito a ele imputado em decorrência da ausência do contraditório e da ampla defesa antes da feitura da certidão da dívida ativa. Nesse sentido, a presunção de liquidez e certeza desta tem que ser afastada na medida que não houver processo administrativo para o exercício da defesa do sócio, restando notória a ausência de regularidade.

O intérprete aplicador da norma, portanto, orientado pelas normas fundamentais do Código de Processo Civil - as quais reiteram os ditames constitucionais - deverá aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova com o escopo de ter uma proximidade da verdade acerca dos eventos ocorridos. Só assim, a “decisão de mérito justa e efetiva” será concretizada nas demandas tributária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual*. 6 ed. São Paulo: Forense, 2016.

ADEODATO, João Maurício. *Uma retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, São Paulo: Noeses, 2011.

ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existência de las normas jurídicas*. Mexico: Distribuciones Fontamara, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*. v. 836, Junho/2005.

\_\_\_\_\_. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*. v. 71. Julho/1993.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Incidência jurídica: teoria e crítica*. São Paulo: Noeses, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30 ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA MOREIRA José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *in: Temas de direito processual*. terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. Julgamento e ônus da prova *in: Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3 ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOMFIM, Gilson Pacheco; BERTAGNOLLI, Ilana. Da não aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos casos de responsabilização tributária por ato ilícito. *In: Revista de Processo*. v. 78. p. 169-188, junho/2017.

BONILHA, Paulo Celso B. *Da prova no direito administrativo*. São Paulo, Dialética, 2001.

BRASIL JR, Samuel Meira; CUNHA, Gabriel Sardenberg. A inversão do ônus da prova e o código de processo civil de 2015: retrato da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, v. 283, p. 257-284, setembro/2018.

BULYGIN, Eugenio; MENDONÇA, Daniel. *Normas y sistemas normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 57, 1962.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova – Exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo*, v. 246, p. 85-111, agosto/2015.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2 ed. Tradução de Lisa Pary Scarpa, Campinas: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira, 2 ed, São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARPES, Artur Thompsen, *Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

\_\_\_\_\_. A prova no procedimento administrativo tributário, in: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 34, São Paulo, Dialética, julho/1998.

CHAVES, Luciano Athayde. A prova oral e o problema da verdade no direito processual: as contribuições do constructivismo lógico-semântico. In: *Revista de Processo*. v. 275, p. 67-88, janeiro/2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*, 2 ed., Torino: Utet, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Vol. I, 4 ed., Bologna: Società editrice Il Mulino, 2006.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. 3ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

\_\_\_\_\_. Redirecionamento como forma (esdrúxula) de constituição da obrigação tributária (relativamente ao terceiro responsável) e de aparelhamento da lide executiva fiscal (contra aquele mesmo terceiro). In: *Processo tributário analítico*. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2016. v. 2.

COSTA, Guilherme Racena. Livre convencimento e standards da prova, in: *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoria general de la prueba judicial*. 3 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía, 1976.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 19 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, v. 1

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. v. 2.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2005. v. 3.

\_\_\_\_\_. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado, 9 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: CEDAM, 1996.

FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário* 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade tributária e o código civil de 2002*. 3 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FERRER BELTRÁN, Jordi. La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario, In: *La prueba en el proceso. Evidence in the process*. 1 ed., Barcelona: Atelier Libros S.A, 2018

\_\_\_\_\_. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. *Prueba y verdad en el derecho*. 2ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

FIORIN, José Luiz. A linguagem em uso. In: *Introdução à linguística*. 6 ed. São Paulo: Contexto, 2015.

GENARO, Leandro. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e as execuções fiscais. In: *Revista dos Tribunais*. v. 978. p. 301-322. Abril/2017.

GOES, Valdilea; LAGASSI, Veronica. Desconconsideração da personalidade jurídica face ao novo CPC. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. v. 129. p. 265-283, Julho-Agosto/2016.

GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. Estudos de direito processual. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Critérios para exigência dos responsáveis tributários, em face da previsão de “incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, no novo CPC de 2015, in: *Grandes questões atuais de direito tributário*, 19º volume. São Paulo: Dialética, 2015.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Astrea, 1985.

JAKOBSON, Romam. *Linguística e comunicação*. Tradução de José Paulo Paes e Isidoro Blikstein, São Paulo: Cultrix, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. In: *Revista Forense*. Vol. 353, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Campinas: Bookseller, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manuale di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

LINS, Robson Maia. Considerações sobre o conceito de norma jurídica e a pragmática da comunicação na decisão judicial na jurisprudência Supremo Tribunal Federal. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (Org.). *Constructivismo lógico-semântico*. v. I. São Paulo: Noeses, 2014.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: JOBIM, Marco Félix, FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto do novo Código de Processo Civil. in: *Revista de Processo*, v. 208, p. 295-316, junho/2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 8, set./out. 2005.

\_\_\_\_\_. Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDONCA, Daniel. Presunciones. In: *Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 21, 1998, v. 1.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea, 1961.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.

\_\_\_\_\_. *Revogação em matéria tributária*. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2005.

\_\_\_\_\_. Sobre as definições. In: *Lógica e direito*. 1 ed., São Paulo: Noeses, 2016.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comprada entre os processos civil e penal. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 246, 2015.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. 1 ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEYRANO, Jorge W. Flexibilizaciones em la carga de la prueba. In: *La prueba en el proceso. Evidence in the process*. 1 ed., Barcelona: Atelier Libros S.A, 2018.



\_\_\_\_\_. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinâmicas. In: *Revista de Processo*, vol. 217, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Nuevos Lineamentos de las cargas probatórias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W. (Coord.), *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé. Rubinzal-Culzoni, 2008.

PEDRON, Flávio Quinaus; FERREIRA Isadora Costa. O ônus dinâmico da prova no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*, v. 285, p. 121-156, novembro/2018.

PICO I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba em el processo civil*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1996.

\_\_\_\_\_. *El juez y la prueba : estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona: Librería Bosch, 2007.

PICOLI, Leonardo Gagno. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou a distribuição dinâmica do ônus da prova. In: *Revista de Processo*. v. 249, p. 117-139, novembro/2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/2015. In: *Revista dos tribunais*, v. 962, p. 153-170, setembro/2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, tomo IV, arts. 282 a 443, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Tomo VI. 1 ed., Campinas: Bookseller, 1998.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado: parte especial*, tomo XXII, atualizado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento probatório no Novo CPC. Em busca de interpretação do sistema à luz de um modelo objetivo de corroboração das hipóteses fáticas. In: *Direito probatório*, v. 5, 2 ed, Salvador: Juspodivm, 2016. v. 5

\_\_\_\_\_. *Ônus da prova no processo civil: ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROBLES MORCHON, Gregório. *As regras do direito e as regras dos jogos: ensaio sobre a teoria analítica do direito*. Tradução de Pollyana Mayer, São Paulo: Noeses, 2011.

\_\_\_\_\_. O que é a teoria comunicacional do direito. In: *O direito como texto: bases para uma teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Traduzido por Ernesto Krtoschin. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Lançamento tributário*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 5 ed. São Paulo: Max Limonad, 1983.

SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual. Pensar sin certezas*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1999.

\_\_\_\_\_. La lógica y el (des)conocimiento del sujeto. In: *Lógica e direito*. 1 ed. São Paulo: Noeses, 2016.

SEARLE, John Rogers. *Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real*. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 12 ed. v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 1, tomo I: processo de conhecimento, 8 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: *Revista magister de direito civil e processual civil*. Porto Alegre: Magister, 2006. v. 10.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no direito tributário reflexos no novo CPC. In: *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*. v. 4. P. 95-115, Janeiro-Fevereiro/2017.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JUNIOR. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. *O mandado de segurança segundo a lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2016.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do direito e a “carga dinâmica probatória” prevista no Código de Processo Civil de 2015: implicações nos processos tributários*. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.); SOUZA, Priscila de (Org.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Noeses, 2016.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. 4 ed. São Paulo: Noeses, 2010.

\_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. 2. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, 17 ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2009, v. 168.

WARAT. Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *apud* CARVALHO, Aurora Tomazini de (*Curso de Teoria geral do direito: constructivismo lógico-semântico*. 4 ed., São Paulo: Noeses, 2014.

ZANETI JR, Hermes. *A constitucionalização do processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. *O “novo” mandado de segurança*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.